

**Die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre zum
Betrug im Rahmen gesetz- und sittenwidriger Geschäfte**

Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

von

Freimut Heiderich

1963

Die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre zum Betrug im Rahmen gesetz- und sittenwidriger Geschäfte

Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

von



Freimut Heiderich

1963

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Werner N i e s e

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Peter N o l l

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1963

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	4
Abkürzungsverzeichnis	8
Vorbemerkung	10
Einleitung	12
1) § 263 StGB. Tatbestand und geschütztes Rechtsgut.	
2) Die Gesetz- und Sittenwidrigkeit und ihre zivilrechtlichen Folgen.	
3) Die einschlägige Kasuistik. Fälle des Betrugs im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte und ihre Einteilung in Fallgruppen.	

I. Teil

Der Problemkreis in Rechtsprechung und Literatur.	23
---	----

II. Teil

Die Tatbestandsmäßigkeit der einzelnen Fallgruppen.	43
---	----

Das objektive Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung. Die Problematik seiner Interpretation im Hinblick auf die Fälle des Betrugs im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte.

a) Die juristisch-subjektive Theorie.	44
b) Die wirtschaftlich-objektive Theorie.	45
c) Die Lehre Merkels, Gerlands u.a.	47
d) Die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre.	48
e) Die personale Theorie.	49
f) Wie wirken sich die verschiedenen Auffassungen auf unsere Betrugsfälle aus?	51
g) Kritik der verschiedenen Auffassungen und die eigene Ansicht.	53

1. Fallgruppe:

Ist das Abschwindeln rechtmäßig erworbener Sachwerte durch die Vorspiegelung, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu erbringen, Betrug?

- | | |
|---|----|
| a) Der Eintritt des Vermögensschadens. | 63 |
| b) Der Kausalzusammenhang. | |
| c) Die Bedeutung des Kondiktionsmangels, § 817, Satz 2 BGE. | |
| d) Der subjektive Tatbestand. | |

e) Die Besonderheit des Schwarzmarktbetrugs.

2. Fallgruppe:

Ist das Abschwindeln unrechtmäßig erworbener Sachwerte durch die Vorspiegelung, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu erbringen, Betrug?

83

3. Fallgruppe:

Ist das Abschwindeln unsittlicher oder verbotener Dienstleistungen Betrug?

86

- a) Die Arbeitskraft als Vermögensbestandteil.
- b) Stellen unsittliche oder verbotene Dienstleistungen eine vermögenswerte Aufwendung dar?
- c) Weitere Beleuchtung des Problems an Hand von Beispielsfällen.

4. Fallgruppe:

Ist es Betrug, wenn jemand um die Erfüllung einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Forderung geprellt wird?

101

- a) Die Vermögensverfügung durch Unterlassen.
- b) Der Vermögensschaden.
- c) Die Absicht auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils.
- d) Das Ergebnis der Untersuchung.
- e) Kritik an BGH 4, 373.

5. Fallgruppe:

Ist die durch Täuschung und Irrtumserregung veranlaßte Belastung des Vermögens mit einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Verbindlichkeit Betrug?

117

6. Fallgruppe:

Kann Betrug dadurch begangen werden, daß jemand durch Täuschung und Irrtumserregung eine wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderung eintreibt?

124

- a) Der objektive Tatbestand.
- b) Der subjektive Tatbestand.

III. Teil

Ist die Strafbarkeit des Täters trotz Tatbestandsmäßigkeit der Handlung ausgeschlossen?

138

	Seite
a) Der Unrechtscharakter der für tatbestandsmäßig befundenen Beispielsfälle.	139
b) Die Möglichkeit eines persönlichen Strafausschließungsgrunds.	147
c) Die Möglichkeit eines prozessualen Hindernisses der Verfolgbarkeit.	149
d) Bedeutet die Bestrafung des Täters, ihn als zur Erfüllung des gesetz- oder sittenwidrigen Geschäfts verpflichtet erklären?	150

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s .

I. Kommentare

- Dalcke-Fuhrmann-Schäfer: Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Berlin 1961.
- Dreher-Maaßen: Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 1959
- Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.
- Kohlrausch-Lange: Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. und 7. Aufl., Bd.2, Berlin 1951.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Bd., 8. Aufl., Berlin 1958.
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Aufl., München und Berlin 1962.
- Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., Berlin 1953 (1. Bd.)
- Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch, 10. Aufl., München und Berlin 1961.
- Schwarz: Strafgesetzbuch, 22. Aufl., München und Berlin 1959.
- Schwarz-Dr... : Strafgesetzbuch, 23. Aufl., München-Berlin 1961.

II. Lehrbücher

- Allfeld, Philipp: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig und Erlangen 1922.
- Binding, Karl: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil, 1. Bd., Leipzig 1902.
- Gerland, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1932.
- von Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig 1927.
- Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1959.
- Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1959.
- Mezger, Edmund: Strafrecht, Allg. Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1960.
- Mezger, Edmund: Strafrecht, Bes. Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1960.
- Niethammer, Emil: Lehrbuch des Bes. Teils des Strafrechts, Tübingen 1950.

- Sauer, Wilhelm: System des Strafrechts, Bes. Teil, Köln-Berlin 1954.
- Wachsfeld, Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, München 1914.
- Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl., Berlin 1960.

III. Monographien und Zeitschriftenaufsätze.

- Binding, Karl: Eine Revolution in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Betrug. in DJZ 1911, S. 553.
- Bockelmann, Paul: Wandlungen in der Betrugsrechtsprechung des Reichsgerichts in DR 1942, 1112.
- Bockelmann, Paul: Anmerkung zu BGH 2, 364; in JZ 52, 486.
- Bockelmann, Paul: Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, in JZ 52, 464 = Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen 1957.
- Bockelmann, Paul: Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht in Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen 1957 = Festschrift für Mezger 1954, S. 363 ff.
- Bockelmann, Paul: Der Unrechtsgehalt des Betruges, in Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Kohlrausch, Berlin 1944.
- Bruns, Hans-Jürgen: Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?, in Festschrift für Mezger, 1954, S. 335 ff.
- Bruns, Hans-Jürgen: Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlin 1938.
- Bruns, Hans-Jürgen: Zur Frage der Autonomie der strafrechtlichen Begriffsbildung, in DRWi 1940, 300.
- von Caemmerer: Preisverstöße und § 817, Satz 2 BGB, in StJZ 50, 646.
- Engelhard, Herbert: Kann Betrug begangen werden durch die Vorspiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung? Diss. Heidelberg 1905.
- Engelhard, Herbert: Betrug durch Vorspiegelung unsittlicher und gesetzwidriger Gegenleistung, in ZStW 33, S. 137.
- Eckstein, Ernst: Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betrug, in GA 58, 66.

- Fischer, Robert: Der Betrug auf dem schwarzen Markt, 1948. Schloß Bleckede a.d.Elbe.
- Franzheim, Horst: Zur Strafbarkeit des Komplizen- und Dirnenlohnbetruges, in GA 60, 269.
- Gallas, Wilhelm: Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, in Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Gleispach, 1936.
- Gerloff, Ulrich: Die Strafbarkeit des Betrugs im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte, Diss. Münster, 1951.
- Graßhof, Wilhelm: Der Tatbestand des Betrugs nach der Rechtsprechung des RG, in Leipz. Zeitschrift 16, 1915.
- Grünhut, Max: Anmerkung zu RG 65, 99, in JW 32, 2434.
- Görgen, Gertrudis Maria: Die Vermögensverfügung durch Unterlassen beim Betrug und der Sicherungsbetrug, Diss., Mainz 1959.
- Hamm: Betrug durch Vorspiegelung einer strafbaren oder unsittlichen Handlung, in DJZ 1908, 468.
- Hardwig: Beiträge zur Lehre vom Betrug, in GA 1956, S. 6 ff.
- Hegler: Anmerkung zu RG 57, 370, in JW 25, 1499.
- Hirschberg, Rudolf: Der Vermögensbegriff im Strafrecht, Berlin 1934.
- Kempermann, Eugen: Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges, in ZStW, Bd. 57, S. 126.
- Klee: Ist die Lieferung unwirksamer Abtreibungsmittel Betrug?, in DStZ 1941, S. 47.
- Kohlhaas: Ist das Prellen einer Dirne um den vereinbarten Lohn kein Betrug?, in JR 54, 97.
- Kohlrausch, Eduard: Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung, in Festschrift für Schlegelberger, 1936.
- Krumme: Anmerkung zu RGH 1, 364, in LM zu § 263 Nr. 13.
- Lange, Richard: Notizen in ZStW 65, 78.
- Lange, Richard: Zur strafrechtlichen Judikatur des OGH hr.Z, in JR 50, 622.

- Lindenberg: Anmerkungen in DJZ 1904, 426/1055.
- Merkel, Adolf: Die Lehre vom strafbaren Betrug, in Kriminalistische Abhandlungen II, 1867.
- Schlosky: Ist die Lieferung unwirksamer Abtreibungsmittel Betrug?, in DStR 1941, S. 41.
- Schröder, Horst: Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs- und Bereicherungsabsicht, DRiZ 1956, 69.
- Schröder, Horst: Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, in ZStW 60, 33 ff.
- Schumann, Georg: Die Anwendbarkeit der §§ 263 und 263/43 StGB bei mangelndem Konfiktionsrecht des Getäuschten, Diss. Breslau 1911.
- Schumann, Georg: Die neueste Stellungnahme des RG zur Frage der Strafbarkeit des Betrugs bei unerlaubten Rechtsgeschäften, in ZStW 34, S. 183.
- Welzel, Hans: Zum Schadensbegriff bei Erpressung und Betrug, in NJW 53, 652.
- Wimmer: Schutzbedürfnis - Schutzwürdigkeit - Strafwürdigkeit, in DRZ 48, 116.
- Zaeschmar: Anmerkung in DJZ 1911, S. 78/330.
- Zeiler: Betrug und Betrugsversuch bei gesetzwidrigen Rechtsgeschäften, in ZStW 28, 471.
- Zeiler: Betrug bei gesetzwidrigen Rechtsgeschäften, in GA, Bd. 60, 255.

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s .

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof, in Verbindung mit Jahr und Seite: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
DJZ	Deutsche Juristenzeitung, Jahr/Seite
DR	Deutsches Recht, Jahr/Seite
DRWi	Deutsche Rechtswissenschaft, Jahr/Seite
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, Jahr/Seite
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift, Jahr/Seite
DStR	Deutsches Strafrecht, Jahr/Seite
GA	Goldtammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Bd./Seite (ab 1953 zitiert nach Jahrgängen)
HES	Höchststrichterliche Entscheidungen in Strafsachen, Band/Seite
JR	Juristische Rundschau, Jahr/Seite
JW	Juristische Wochenschrift, Jahr/Seite
JZ	Juristenzeitung, Jahr/Seite
KG	Kammergericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LK	Leipziger Kommentar
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Jahr/Seite
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege, Jahr/Seite
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Jahr/Seite
OGH	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Strafsachen, Bd./Seite
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht, in Verbindung mit Band und Seite: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung, Jahr/Seite
StGB	Strafgesetzbuch
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band/Seite
Bruns, Befr.	Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken

Kohlr.-L.

Kohlrausch-Lange, Kommentar zum Strafgesetzbuch

M.F.

Mezger-Festschrift 1954.

V o r b e m e r k u n g

Die Fälle des Betrugs im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte wurden zum Teil bereits in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts eingehend diskutiert und waren auch kurz nach der Jahrhundertwende, insbesondere aber nach dem zweiten Weltkrieg im Zusammenhang mit den mannigfaltigen Schwarzmarktgeschäften, Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen in Rechtsprechung und Literatur. Eine abschließende Beurteilung haben sie aber bis heute noch nicht erfahren.

Die Auseinandersetzungen um den Problemkreis des Betrugs im Rahmen illegaler Geschäfte dauern vielmehr bis in die Gegenwart an. Während aber früher die Frage, ob das Abschwindeln von Geld oder Sachwerten im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte Betrug sein kann, im Mittelpunkt der Erörterungen stand, streitet man sich gegenwärtig im Anschluß an OGH 2,200 und BGH 2,364 hauptsächlich um die Frage, ob gesetz- oder sittenwidrige Forderungen Gegenstand eines strafbaren Betrugs sein können. Der Schwerpunkt der Auseinandersetzungen hat sich also von der Sachebene auf die Förderungsebene verlagert, ohne daß es hinsichtlich der Fälle, in denen Geld oder Sachwerte im Zusammenhang mit gesetz- oder sittenwidrigen Geschäften abgeschwindelt werden, zu einer einheitlichen Meinung gekommen ist.

Besonders wenig Aufmerksamkeit wurde bisher der Frage geschenkt, ob das Abschwindeln unsittlicher oder verbotener Dienstleistungen einen strafbaren Betrug darstellt. Die Frage des Selbsthilfebetrugs bei gesetz- oder sittenwidrigen Forderungen sowie die Frage, ob Betrug dadurch begangen werden kann, daß jemand durch Täuschung und Irrtumserregung zur Eingehung einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Verbindlichkeit veranlaßt wird, sind bisher ebenfalls kaum erörtert.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es sein, zu untersuchen, inwieweit die verschiedenen Fälle des Betrugs im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte den Tatbestand des § 263 StGB erfüllen und - soweit die Tatbestandsmäßigkeit

zu bejahen ist - ob es Gründe gibt, die die Strafbarkeit des Täters trotz Tatbestandsmäßigkeit der Handlung ausschließen. Da es unseres Erachtens nur durch die Darstellung des gesamten Problemkreises möglich ist, in den verschiedenen Fällen zu einer brauchbaren Lösung zu gelangen, erschien es nicht angebracht, die Untersuchung auf einzelne Fallgruppen zu beschränken, wenn sie auch den Ausgangspunkt bilden. Darüberhinaus war eine Untersuchung des gesamten Problemkreises aber auch deshalb erforderlich, weil es bislang an einer Gesamtdarstellung, die alle in Betracht kommenden Fallgruppen im Zusammenhang behandelt, fehlt. Wenn man sich heute über den Stand der Entwicklung der einzelnen Probleme, die im Zusammenhang mit Betrügereien bei illegalen Geschäften auftauchen, orientieren und sich dabei die höchsttrichterliche Rechtsprechung sowie die Ergebnisse früherer wissenschaftlicher Darstellungen einzelner Probleme vor Augen führen will, tritt der Mangel einer Darstellung, die den gesamten Problemkreis, nach Fallgruppen getrennt, in seiner Entwicklung aufzeigt, deutlich in Erscheinung.

Da es in den von uns zu untersuchenden Fällen in erster Linie um das Problem des Vermögensschadens geht, war es im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zunächst erforderlich, auf die verschiedenen Auffassungen zum Vermögens- und Schadensbegriff einzugehen, um eine Grundlage für die Lösung der verschiedenen Fälle zu schaffen. Um die Abhandlung faßlich zu gestalten, haben wir Wert darauf gelegt, möglichst viele Beispiele anzuführen und die Untersuchung nach Möglichkeit am praktischen Fall zu orientieren. Die Einteilung der Beispielfälle in Fallgruppen war unumgängliche Voraussetzung für den Versuch, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit gestellte Problematik zu klären, nicht zuletzt deshalb, weil vielerorts Fälle, die tatsächlich und rechtlich verschieden liegen, zusammengeworfen wurden, was unseres Erachtens einer der Hauptgründe dafür ist, daß es bisher nicht gelungen ist, den Problemkreis zu klären.

E I N L E I T U N G

1) § 263 StGB. Tatbestand und geschütztes Rechtsgut.

Eine Arbeit, die sich ausschließlich mit besonderen Fällen des Betrugs beschäftigt, macht es notwendig, zunächst einen Überblick über die einzelnen Tatbestandselemente des Betrugstatbestands zu geben. Vor allem aber ist es wichtig, von Anfang an Klarheit darüber zu schaffen, was als geschütztes Rechtsgut des Betrugstatbestands in Betracht kommt, denn die Auslegung und Erkenntnis eines Tatbestands hängt entscheidend ab von dem Richtungspunkt, den der Rechtsguts-gedanke gibt.

a) Der Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 263 StGB erfordert, daß eine Täuschungshandlung vorgenommen wird, auf Grund deren beim Getäuschten ein Irrtum erregt oder unterhalten wird. Der Getäuschte muß weiter auf Grund des Irrtums eine Vermögensverfügung treffen, die einen Vermögensschaden herbeiführt. Die Vermögensverfügung ist ein ungeschriebenes Merkmal des objektiven Tatbestands. Sie stellt das Bindeglied zwischen Täuschung und Irrtumserregung auf der einen Seite und der Vermögensschädigung auf der anderen Seite dar. Ihre Erwähnung im Gesetz ist überflüssig, denn die Irrtumserregung allein kann niemals einen Vermögensschaden begründen¹⁾. Was die Vermögensschädigung bewirkt, ist immer nur ein bestimmtes Verhalten des Getäuschten, nämlich eine Verfügung über Vermögenswerte. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die objektiven Tatbestandsmerkmale: Täuschung, Irrtumserregung, Vermögensverfügung und Vermögensschaden in ursächlichem Zusammenhang zueinander stehen müssen. Sie bilden also eine Kette von Kausalbeziehungen. Fehlt nur ein Glied, so kann nicht die Rede von einem vollendeten Betrug sein.

Die innere Tatseite erfordert neben Vorsatz, der sich auf alle Merkmale des objektiven Tatbestands einschließlich des

1) Maurach, BT, S. 280; Görgen, S. 7.

Kausalzusammenhangs beziehen muß, die Absicht auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils für sich oder einen Dritten.

b) Das geschützte Rechtsgut

Aus der Kennzeichnung des Betrugs als einer vorsätzlichen Schädigung fremden Vermögens durch das Mittel der Täuschung und Irrtumserregung in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, ergibt sich bereits, daß die Systematik des Gesetzes den Tatbestand des Betrugs mit Recht in die Gruppe der Vermögensdelikte einordnet.

Daß der Betrug ein Vermögensdelikt ist, ist heute anerkannt. Nur das Vermögen ist nach heute h.M. geschütztes Rechtsgut¹⁾. Unter dem Einfluß des nationalsozialistischen Rechtsdenkens wurde der Betrugstatbestand entmaterialisiert und die Unwahrheit, die Täuschung fremden Vertrauens zum Schwerpunkt des Tatbestands gemacht²⁾. Dabei wurde verkannt, daß die Unwahrheit, die Täuschung des fremden Vertrauens nur das Mittel der Vermögensverletzung ist, nicht aber der Zweck der Handlung. Die Irrtumserregung als solche kann nicht strafbar sein, denn ein allgemeines Recht auf Wahrheit, das durch die Betrugsstrafe geschützt werden müßte, gibt es nicht³⁾. Zur strafbaren Handlung i.S. des § 263 StGB wird sie erst dadurch, daß sie als Mittel des vom Täter verfolgten Zweckes, nämlich der Schädigung fremden Vermögens, eingesetzt wird.⁴⁾

Alle Bestrebungen, die die Unwahrheit, die Täuschung des fremden Vertrauens zum Zentralpunkt des Betrugstatbestands erheben wollen, unterliegen vom Standpunkt heutigen Rechtsdenkens durchgreifenden Bedenken. Die Strafbarkeit der Lüge würde zu einer rechtspolitisch untragbaren Vielstraferei führen.

-
- 1) Maurach, B.T., S. 272. Schönke-Schröder § 263 Anm.I; Kohlrausch-Lange § 263 Anm.I; Jagusch LK § 263 Anm.1; Welzel, S. 312; RG 74, 168; BGH 7, 198.
 - 2) Vgl. Kempermann, ZStW 57, 126 ff; Kohlrausch in Schlegelberger-Festschrift, S. 222; Gallas in Gleispach-Festschrift, S. 51.
 - 3) Bockelmann in DR 42, 1112.
 - 4) Goergen, S. 4.

Abzulehnen sind auch die bis in die Gegenwart hin und wieder in der Literatur vertretenen Ansichten, der Betrug richte sich gegen mehrere Rechtsgüter zugleich, nämlich gegen das Vermögen und zugleich gegen Treu und Glauben, gegen das fremde Vertrauen im vermögensrechtlichen Verkehr¹⁾ oder gegen das Vermögen und den wahren Willen des Getäuschten²⁾, da auch sie die Gefahr in sich bergen, zu einer Wesensänderung des Betrugsbegriffes zu führen. Der allgemeine Begriff der Redlichkeit, der allen diesen Auffassungen zugrunde liegt, schien dem Gesetzgeber zu verschwommen, um ihm in irgendeiner Quelle strafrechtlichen Schutz zu gewähren³⁾. Es ist daher mit der h.L. daran festzuhalten, daß allein das Vermögen geschütztes Rechtsgut des Betrugstatbestands ist.

2) Die Gesetz- und Sittenwidrigkeit und ihre zivilrechtlichen Folgen.

Gegenstand unserer Untersuchung sollen - wie schon das Thema besagt - nur Fälle des Betrugs sein, die auf Geschäften beruhen, die gesetz- oder sittenwidrig sind. Es ist daher erforderlich zu erläutern, unter welchen Voraussetzungen Geschäfte gesetz- oder sittenwidrig sind.

Gesetzwidrig sind alle Geschäfte, die gegen irgend ein gesetzliches Verbot verstossen (§ 134 BGB). Dabei ist es unwesentlich, ob das Verbot in einem Strafgesetz, einer privatrechtlichen Norm, einem Bundes- oder Landesgesetz oder in einem von den früheren Besatzungsorganen erlassenen und noch in Kraft befindlichen Gesetz enthalten ist. Sittenwidrig sind solche Rechtsgeschäfte, deren Inhalt objektiv und subjektiv dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes oder, anders ausgedrückt, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht⁴⁾. Ohne auf Streitfragen einzugehen, kann demnach als Maßstab für die guten Sitten ein Durch-

1) Schönke-Schröder (7. Aufl.) § 263 Anm. I; Sauer, S. 72; Fischer S. 19; Gerloff, S. 42.

2) Frank § 263 Anm. I.

3) Maurach BT, S. 272.

4) RGR-K § 138 Anm. 1; RGZ 80, 221.

schnittsmaß von Redlichkeit und Anstand dienen. Es haben mithin bei der Feststellung, ob ein Geschäft gegen die guten Sitten verstößt, extreme Vorstellungen vom Begriff der guten Sitten sowohl im Sinne einer besonders vornehmen Denkungsart als auch im Sinne einer unter dem Durchschnittsmaß liegenden Anschauung von Sitte und Anstand auszuschneiden.

Geschäfte, die gesetz- oder sittenwidrig sind, sind gem. §§ 134, 138 BGB nichtig. Damit ergibt sich als Besonderheit der Fälle, die Gegenstand unserer Untersuchung sein sollen, daß sie im Gegensatz zu den normalen Fällen des Betrugs auf Geschäften beruhen, denen die Rechtsordnung die Wirkung versagt. Es ist jedoch zu beachten, daß für gesetzwidrige Geschäfte insofern eine Ausnahme gilt, als sie gem. § 134 BGB. nur nichtig sind, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Trotz Gesetzesverstoßes kann sich die zivilrechtliche Gültigkeit eines gesetzwidrigen Geschäftes sowohl aus dem Wortlaut als auch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, gegen das das Geschäft verstößt, ergeben. Bei Erörterung der Frage, ob ein Geschäft wegen Verstoßes gegen eine Strafnorm gemäß § 134 BGB nichtig ist, ist deshalb z.B. stets zu prüfen, ob durch die Strafnorm der mit dem Rechtsgeschäft bezweckte rechtliche oder wirtschaftliche Erfolg mißbilligt ist, oder ob das betreffende Geschäft nur wegen der besonderen Umstände seiner Vornahme untersagt sein soll. Keine Nichtigkeit tritt ein, wenn nach dem Sinn der betreffenden Strafnorm das Geschäft nicht als solches, die Herbeiführung des mit ihm bezweckten rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolgs, strafbar ist, sondern nur die Umstände, unter denen es vorgenommen wurde, den Handelnden strafbar machen¹⁾. Z.B. ist ein Geschäft, das unter Verstoß gegen die Vorschriften über die Sonntagsruhe abgeschlossen wurde, in vollem Umfang gültig, obwohl es strafbar ist, da nicht der rechtliche oder wirtschaftliche Erfolg mißbilligt ist, sondern nur der Umstand, daß es an einem Sonntag ausgeführt wurde. Solche Geschäfte kommen als Gegenstand unserer Untersuchung nicht in Betracht, da wir nur solche

1) Palandt § 134. Anm.4; RGR-K § 134 Anm.1.

Fälle untersuchen wollen, deren Besonderheit in der durch die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit bewirkten Nichtigkeit der Geschäfte besteht.

Die Nichtigkeit eines Geschäfts kann gleichzeitig auf einem Gesetzesverstoß und einem Verstoß gegen die guten Sitten beruhen. So sind in der Regel Geschäfte, die wegen Verstoßes gegen eine Strafnorm nichtig sind, auch gleichzeitig wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig.

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts hat zur Folge, daß keiner der Vertragspartner einen Rechtsanspruch auf Erfüllung seitens des anderen Vertragsteiles hat. Das bedeutet, daß in den Fällen, die Gegenstand unserer Untersuchung sein sollen, auf keiner Seite ein rechtsgültiger Anspruch auf Erfüllung besteht. Damit ist die Möglichkeit, den Vertragspartner im Klagewege zur Erfüllung zu zwingen, die bei Rechtsgültigkeit eines Geschäfts besteht, in unseren Fällen nicht gegeben. Jede Vertragspartei ist vielmehr allein auf die ehrliche Erfüllungsabsicht und die Redlichkeit des Geschäftspartners angewiesen.

Zu unterscheiden von den Fällen, in denen die §§ 134, 138 BGB einem Rechtsgeschäft die Wirkung versagen, sind die Fälle in denen zwar wegen des Geschäftsinhalts einerseits die Durchsetzung von Ansprüchen im Klagewege ausgeschlossen ist, andererseits das Gesetz aber doch mittelbar eine Schuld als bestehend anerkennt, die erfüllbar ist und deren Erfüllung nicht Rückforderungsansprüchen ausgesetzt ist. Es handelt sich hierbei um die sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten (Naturalobligationen, z.B. Spiel- und Wettschulden, Ehemaklerlohn). Solche Fälle, in denen unvollkommene Verbindlichkeiten (Naturalobligationen) eine Rolle spielen, sind nicht Gegenstand unserer Abhandlung, sondern werden bei der Erörterung der einzelnen Probleme im Rahmen vorliegender Untersuchung - soweit dies für die wissenschaftliche Erkenntnis förderlich erscheint - nur ergänzend herangezogen.

4) Die einschlägige Kasuistik.

Fälle des Betrugs im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte und ihre Einteilung in Fallgruppen.

Haben wir im Vorhergehenden dargelegt, unter welchen Voraussetzungen ein Geschäft gesetz- oder sittenwidrig ist, und daß die Besonderheit der Fälle des Betrugs, die den Gegenstand unserer Untersuchung bilden, darin besteht, daß die Geschäfte, auf denen sie beruhen, wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtig sind, so sollen im Folgenden einige Beispielsfälle des Betrugs angeführt werden, die auf solchen nichtigen Geschäften beruhen. Daß wir uns dabei auf einige besonders typische Beispielsfälle beschränken müssen, versteht sich von selbst, denn die Fälle des Betrugs im Rahmen verbotener oder unsittlicher Geschäfte, die Gegenstand höchst-richterlicher Entscheidungen waren, sind zahlreich und wurden durch viele Beispiele in der Literatur noch vermehrt. Dadurch ist viel Unklarheit entstanden. Deshalb ist Voraussetzung für den Versuch einer Klärung der im Zusammenhang mit den Fällen des Betrugs im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte auftauchenden Probleme, die einschlägigen Fälle voneinander abzugrenzen, indem Fallgruppen gebildet werden, in denen jeweils gleichartige Fälle zusammengefaßt sind, die sich von den Fällen anderer Gruppen zum Teil grundlegend unterscheiden. Im Folgenden sollen deshalb die Beispielsfälle des Betrugs im Rahmen illegaler Geschäfte in sechs Fallgruppen zusammengefaßt werden. Die in einer Gruppe zusammengefaßten Fälle bilden jeweils nur einen Ausschnitt aus dem Problemkreis, jedoch hoffen wir, in der Gesamtheit aller sechs Gruppen den Problemkreis zu erschöpfen.

a) Als erste Gruppe sind die Fälle zu erwähnen, in denen rechtmäßig erworbene Sachwerte durch die Vorspiegelung, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu erbringen, abgeschwindelt werden. Dazu gehört zunächst der in Rechtsprechung und Literatur am meisten erörterte Fall des Abschwindelns von Geld gegen das Versprechen, ein taugliches Abtreibungsmittel zu liefern, während in Wirklichkeit von vornherein nur ein untaugliches Mittel oder überhaupt nichtsgeliefert werden soll. Ebenso gehört zu dieser Gruppe das Abschwindeln von Geld ge-

gen die Vorspiegelung, Falschgeld oder gestohlene Banknoten, Diebeswerkzeug oder pornographische Schriften zu liefern. Ferner gehören zu dieser Gruppe alle Fälle, in denen gegen die Vorspiegelung, eine verbotene oder unsittliche Dienstleistung zu erbringen, Geld oder Sachwerte abgeschwindelt werden, wie etwa durch die Vorspiegelung, ein Verbrechen zu begehen, z.B. Staatsgeheimnisse zu verraten, eine Abtreibung vorzunehmen, eine pflichtwidrige Amtshandlung vorzunehmen, Kupplerdienste zu leisten oder durch die Vorspiegelung der Dirne, den Geschlechtsverkehr zu gewähren.

In den ersten Nachkriegsjahren, als der Schwarze Markt blühte, war es eine vielgeübte Praktik, um in den Besitz bezugsbeschränkter Waren zu gelangen, dem lieferungsbereiten Schwarzhändler vorzuspiegeln, den üblichen oder besonders vereinbarten Schwarzmarktpreis bezahlen zu wollen, dann aber nach Abschluß eines derartigen Geschäfts und Erhalt der bezugsbeschränkten Ware nur den nach den Preisregelungsvorschriften zulässigen Preis zu bezahlen. Dies sind die Fälle des sog. "Spritzens" auf dem Schwarzen Markt, die ebenfalls unter die erste Gruppe fallen.

b) Handelte es sich bei der ersten Fallgruppe um solche Geschäfte, bei denen rechtmäßig besessene Sachwerte abgeschwindelt wurden, so sind in der zweiten Gruppe alle die Fälle zusammenzufassen, in denen unrechtmäßig erworbene Sachwerte durch die Vorspiegelung, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu erbringen, abgeschwindelt werden. Zu dieser Gruppe gehört das Abschwindeln gestohlener, unterschlagener, durch Betrug oder sonstwie durch strafbare Handlung erlangter Sachwerte durch das Versprechen, eine verbotene oder unsittliche Sach- oder Dienstleistung zu erbringen. Demnach gehören hierher alle unter der ersten Gruppe erwähnten Fälle, wenn man diese nur dahin abwandelt, daß es sich bei den abgeschwindelten Sachwerten um Güter handelt, die der Getäuschte selbst vitiös erlangt hatte. Insbesondere gehören hierher die Fälle, in denen Schwarzhändler um Waren, die sie selbst vitiös erlangt haben, geprellt werden, indem sie im Vertrauen darauf, daß der Käufer den vereinbarten Schwarzpreis zahlen wird, die Ware dem Käufer überlassen

und nur den nach den Preisvorschriften zulässigen Preis erhalten.

c) Während in den vorangehenden zwei Gruppen solche Fälle zusammengefaßt sind, in denen jemand um rechtmäßig oder unrechtmäßig erlangte Sachwerte betrogen wird, bilden die dritte Gruppe die Fälle, in denen verbotene oder unsittliche Dienstleistungen abgeschwindelt werden gegen das Versprechen, den vereinbarten Lohn zu zahlen. Als Beispiele seien zu nennen: die Gewährung des Geschlechtsverkehrs durch die Dirne, die vorgefaßter Absicht gemäß nicht bezahlt wird, sowie alle Fälle, in denen ein gedungener Verbrecher oder Verbrechensgehilfe nach Ausführung des Verbrechens nach einem von vornherein bestehenden Plan nicht entlohnt wird. Z.B. ein Abtreiber wird vorgefasster Absicht gemäß nicht bezahlt. Oder: ein Schlosser, der unter erheblichem Arbeitsaufwand ein kompliziertes Einbruchswerkzeug hergestellt hat, oder ein Kraftfahrer, der weite Lkw-Fahrten zum Abtransport von Diebesgut unternimmt, werden vorgefasster Absicht entsprechend nicht entlohnt.

d) In der vierten Gruppe sind die Fälle zusammenzufassen, in denen jemand um die Erfüllung wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtiger Geldforderungen geprellt wird. Während es in den drei vorhergehenden Gruppen Sach- oder Dienstleistungen waren, die abgeschwindelt wurden, handelt es sich hier also um Forderungen, die das Angriffsobjekt des Betrugs darstellen. Das sind alle Fälle, in denen jemand durch Täuschung und Irrtumserregung davon abgehalten wird, eine wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderung geltend zu machen. Zunächst gehört hierher der Fall der auf "Halbpart" arbeitenden Diebe, von denen einer die Diebesbeute verkauft, dem Mittäter aber weniger als die Hälfte des erzielten Erlöses abgeliefert, unter der Vorspiegelung, nur das Doppelte der abgelieferten Summe als Erlös beim Verkauf der Beute erzielt zu haben. Oder der Fall, in dem ein Dieb seinem Mittäter einen Beutegegenstand als hochwertig "andrehrt", indem er sich auf seine besondere Sachkenntnis beruft, und der Diebesgenosse deshalb eine Nachforderung

unterläßt¹⁾. In RG 65, 99 hatte der Täter, der in fremdem Auftrag eine Wohnungsdringlichkeitsbescheinigung verkaufte und 200.- RM dafür erhielt, seinem Auftraggeber nur 100.- RM abgeliefert und vorgespiegelt, nicht mehr erhalten zu haben. In OGH 2,200 hatte ein Schwarzhändler seinen Vertragspartner veranlaßt, eine nichtige Schwarzmarktforderung zu ermäßigen, indem er vorspiegelte, seinem Zweitabnehmer ein Lösegeld zahlen zu müssen. Ähnlich wie der Fall der auf Halbpant arbeitenden Diebe liegt der Fall, der Gegenstand der Entscheidung BGH 2,364 war. Hier hatte der nachträglich bösgläubig gewordene Verkäufer einer von seinem Auftraggeber gestohlenen Drehbank seinen Auftraggeber über die Höhe des erzielten Erlöses falsch unterrichtet und ihm vereinbarungswidrig weniger als die Hälfte des erzielten Erlöses abgeliefert. Schließlich gehören hierher die Fälle, in denen gemäß einem nachträglich gefaßten Entschluß eine Dirne nach Vollzug des Koitus mit Falschgeld bezahlt wird, ein Falschgeldhändler nach Übergabe des Falschgeldes seinerseits mit Falschgeld bezahlt wird, die Verkäufer von tauglichen Abtreibungsmitteln, pornographischen Schriften oder von Verbrechenswerkzeugen nach Lieferung mit Falschgeld bezahlt oder sonstwie durch Täuschung um die Realisierung ihrer Ansprüche gebracht werden.

e) Die fünfte Gruppe bilden die Fälle, in denen ausnahmsweise die Frage auftaucht, ob schon die bloße Belastung des Vermögens mit einer wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Verbindlichkeit einen Betrug darstellen kann. Als Beispiel sei folgender in Anlehnung an RG 65, 106 gebildete Fall genannt: Der A übernimmt mit Genehmigung seines Geschäftsfreundes B die zu dessen Gunsten bestehende Schuld des illiquiden C, weil C ihn, den A, durch Täuschung über seine Zahlungsfähigkeit dazu veranlaßt hat. Die Forderung, die B gegen C hat, ist wegen Sittenwidrigkeit nichtig, was A weiß.

1) Vgl. Zeiler GA 60, 251.

f) In der sechsten Gruppe werden schließlich die Fälle zusammengefasst, in denen jemand das Mittel der Täuschung und Irrtumserregung zur Durchsetzung einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Forderung anwendet. Es handelt sich also um Fälle des sog. Selbsthilfebetrugs. Als Beispiel ist hier zunächst der Fall zu nennen, in dem die Dirne ihre nichtige Forderung auf den Dirnenlohn durch Täuschung des Schuldners realisiert, indem sie diesem z.B. vorspiegelt, sich ihm gegen Vorzahlung wieder hingeben zu wollen, nach Erhalt des Geldes sich aber verweigert mit dem Hinweis auf ihre noch nicht beglichene Forderung aus früherem Verkehr. Weiterhin sind hier zu nennen die Fälle, in denen die Verkäufer von tauglichen Abtreibungsmitteln, pornographischen Schriften und Verbrechenswerkzeugen ihre Ansprüche auf das versprochene Entgelt durch Täuschung und Irrtumserregung eintreiben, und nicht zuletzt der Fall, in dem ein Schwarzhändler seinen Anspruch auf den Schwarzmarktpreis durch Täuschung des Käufers realisiert.

Zu bemerken ist noch, daß alle diese Beispielsfälle des Betrugs im Zusammenhang mit Geschäften stehen, die wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit in vollem Umfang, und nicht nur teilweise, nichtig sind. Keiner der Vertragspartner hat einen rechtsgültigen Anspruch auf Erfüllung gegen den anderen Teil. Beide sind ausschließlich auf die ehrliche Erfüllungsabsicht des anderen Teils angewiesen. Leistet der eine Teil vor, und verweigert der andere Teil darauf die Gegenleistung, so ist dem geprellten Geschäftspartner hinsichtlich der gesamten Forderung der Klageweg verschlossen.

Nun wird aber hinsichtlich der Fälle des Schwarzmarktbetrugs die Ansicht vertreten, Schwarzmarktgeschäfte, die gegen Preisregelungsvorschriften verstoßen, seien nur in Bezug auf den über den nach den Preisvorschriften zulässigen Preis hinausgehenden Betrag nichtig. Das würde bedeuten, daß Schwarzmarktgeschäfte mit dem zulässigen Preis aufrechtzuhalten seien. Die Frage wird jedoch nur in der zivilrechtlichen Literatur erörtert, während in den zahlreichen Entscheidungen zu den Fällen des Schwarzmarktbetrugs ohne weiteres davon ausgegangen wird, daß Geschäfte, die gegen Preis-

regelungsvorschriften verstoßen, in vollem Umfange nichtig sind. In Übereinstimmung mit von C a e m m e r e r¹⁾ und den zum Schwarzmarktbetrug ergangenen Entscheidungen²⁾ sind wir der Ansicht, daß die hier zur Erörterung stehenden Schwarzmarktgeschäfte in vollem Umfang gemäß § 134, BGB nichtig sind, denn sie verstoßen gegen die in den Preisregelungsvorschriften enthaltenen gesetzlichen Verbote, und es ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck der Preisregelungsvorschriften, daß derartige Geschäfte teilweise gültig sein sollen. Abgesehen davon wäre unseres Erachtens die Annahme einer teilweisen Gültigkeit der Geschäfte nicht mit der Vorschrift des § 139 BGB in Einklang zu bringen, da es sich stets um ein einheitliches Geschäft handelt, das nicht in einen unerlaubten und einen erlaubten Teil zerlegt werden kann.

1) SJZ 50, 646.

2) KG in HEST 2, 44; OLG Hamm in HEST 1, 113; OGH 2, 259; OLG Celle in NdsRpfl. 47, 25; OLG Oldenburg in NdsRpfl. 47, 42; OLG Düsseldorf in MDR 47, 267.

I. TEIL

Der Problemkreis in Rechtsprechung und Literatur.

Zunächst ist festzustellen, daß die Verschiedenheit der einzelnen Fallgruppen des Betrugs im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte in der Rechtsprechung und in den wissenschaftlichen Erörterungen nicht immer hinreichend klar erkannt wurde. Es wurden Fälle als gleichartig nebeneinander gestellt, die bei näherer Untersuchung gar nicht gleichartig sind. Dadurch wurde die Klärung der Probleme ungemein erschwert. Es wurden wiederholt die Fälle, in denen jemand auf Grund einer Täuschung zu einer unsittlichen oder verbotenen Leistung bestimmt und um den als Gegenleistung vereinbarten Geldbetrag geprellt wurde, mit den umgekehrten Fällen zusammengeworfen, in denen eine Geldzahlung gegen das Versprechen, eine unsittliche oder verbotene Gegenleistung zu erbringen, abgeschwindelt wurde. So stellt B i n d i n g ¹⁾ den Fall des Beamten, der durch Vorspiegelung einer Pflichtverletzung sich Bestechungsgelder verschafft, dem Fall der Dirne gleich, die von ihrem Freier um den Dirnenlohn geprellt wurde, und dem Fall des um den Lohn geprellten gedungenen Verbrechers. S c h u m a n n ²⁾ wirft den Fall, daß jemand ein nach seiner Behauptung taugliches, in Wahrheit aber untaugliches Abortivmittel gegen hohes Entgelt dem Getäuschten überläßt, mit dem Fall, daß der Verkäufer für ein taugliches Mittel von dem Käufer einer nachträglich gefaßten Absicht gemäß falsches Geld erhält, zusammen. Ähnlich schiefe Vergleiche werden in RG 19, 191 und RG 21, 161 angestellt.

Auf der anderen Seite wurden Fälle, die durchaus gleichartig sind, als verschiedenartig angesehen und demgemäß strafrechtlich verschieden beurteilt, während eine gleichartige strafrechtliche Beurteilung hätte erfolgen müssen. So ist F r a n k ³⁾ der Ansicht, der Fall, in dem sich jemand Geld zur Ausführung eines Verbrechens geben läßt, das er nie-

1) Ib., S. 343.

2) Diss., S. 12.

3) 263 A Vc.

mals zu begehen beabsichtigt, sei anders zu behandeln als der Fall, in dem sich jemand durch die Vorspiegelung, ein taugliches Abtreibungsmittel zu liefern, Geld geben läßt, in Wahrheit aber niemals die Absicht hatte, ein taugliches Mittel zu liefern.

Weiterhin ist vorweg festzustellen, daß vor allem rechtspolitische Erwägungen, von denen sich Rechtsprechung und Literatur leiten ließen, dazu beigetragen haben, die strafrechtliche Beurteilung der Fälle des Betrugs im Rahmen illegaler Geschäfte zu erschweren, ja, daß rechtspolitische Erwägungen zuweilen dergestalt im Vordergrund standen, daß sie die rein juristische Untersuchung der Tatbestandsmäßigkeit unserer Betrugsfälle weitgehend bestimmten¹⁾.

Unter dem Einfluß des nationalsozialistischen Rechtsdenkens, vom Standpunkt eines reinen Täterstrafrechts aus wurde sogar die Forderung laut, solche Leute, die von Betrugsgereien im Rahmen illegaler Geschäfte leben, unschädlich zu machen, gleichgültig, ob sie den objektiven Tatbestand eines Verbrechens erfüllt haben oder nicht²⁾. Daß jedoch eine solche Auffassung vom Standpunkt heutigen Rechtsdenkens keiner weiteren Erörterung bedarf, versteht sich von selbst.

1. Fallgruppe.

Die Rechtsprechung hatte sich zunächst mit den Fällen auseinanderzusetzen, in denen Geldzahlungen durch die Vorspiegelung, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu erbringen, erschlichen wurden. In der Beurteilung dieser Fälle hat die Rechtsprechung eine schwankende Haltung eingenommen. Das Preußische Obertribunal³⁾ bejahte im Jahre 1877 das Vorliegen eines Betruges in einem Fall, in dem der Angeklagte einem anderen 300 Taler gutes Geld dadurch abgeschwindelt hatte, daß er fälschlich vorgab, er könne und wolle sofort dafür 1000 Taler unechter Banknoten liefern, während er falsches Geld überhaupt nicht besaß und auch nicht übergeben wollte. Das Preußische Obertribunal vertrat in dieser

1) Vgl. z.B. Hamm in DJZ 08, 468. Auch Merkel, Krim.Abhdl., S. 223; RG 19, 190.

2) Kempermann ZStW 57, 155.

3) Bd. 18, 471.

Entscheidung den Standpunkt: die Hingabe echten Geldes in der Erwartung, dafür Zug um Zug eine höhere Summe falscher Banknoten zu erhalten, enthalte eine Vermögensbeschädigung, wenn der Empfänger gar nicht im Besitze falschen Geldes war und solches zu übergeben auch gar nicht beabsichtigte. Die Vermögensbeschädigung sei nicht darin zu finden, daß das versprochene Falschgeld, das kein Vermögensobjekt darstelle, nicht geliefert wurde, sondern darin, daß der Getäuschte, durch die Vorspiegelung veranlaßt, aus seinem Vermögen richtiges Geld hergegeben habe.

Im Anschluß an diese Entscheidung des höchsten preußischen Gerichtshofes hat auch das RG in einer Entscheidung¹⁾ aus dem Jahre 1887 das Vorliegen eines strafbaren Betrugs in einem Falle, in dem es um den Verkauf untauglicher Abortivmittel ging, für die namhafte Preise gezahlt wurden, bejaht. Das RG sah ebenso wie das Preußische Obertribunal die Vermögensbeschädigung in der Zahlung des beachtlichen Kaufpreises, welcher ohne Täuschung über die Beschaffenheit des Mittels nicht bezahlt worden wäre.

Bemerkenswert ist nun die im Jahre 1889 mit der Entscheidung RG 19, 186 vollzogene Abwendung von dieser Rechtsprechung. In RG 19, 186 verneinte das RG das Vorliegen eines Betrugs, indem es die Auffassung vertrat, es fehle in den von uns in der ersten Gruppe zusammengefaßten Fällen an einer Vermögensbeschädigung. Nicht die Hingabe der Valuta sei für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines Vermögensschadens entscheidend, sondern die Nichtgewährung der Gegenleistung. Auf die Gegenleistung aber bestehe wegen der durch die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit begründeten Nichtigkeit kein Anspruch. In dem Ausbleiben der Gegenleistung könne nur eine Vermögensbeschädigung erblickt werden, wenn der Getäuschte einen Rechtsanspruch auf die fragliche Gegenleistung hatte, da der Begriff des Vermögensschadens einen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen voraussetze. Diese Auffassung bedeutete gerade eine Umkehrung der in der vorausgegangenen

1) RG 15, 318.

Entscheidung aufgestellten Grundsätze. In RG 19, 186 wird besonders deutlich, wie sehr rechtspolitische Erwägungen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Erörterung der Tatbestandsmäßigkeit beeinflussten¹⁾.

Die in RG 19, 186 entwickelten Grundsätze vertrat das RG in der Folgezeit in zahlreichen weiteren Entscheidungen²⁾ und verneinte damit stets in den Fällen der ersten Gruppe einen strafbaren Betrug mangels Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens³⁾.

Das RG leugnete in derartigen Fällen zwar nicht, daß der Getäuschte durch seine Vorleistung eine Aufwendung macht, die eine Minderung seines an sich rechtlich geschätzten Vermögens zur Folge hat, geleugnet wird nur die ursächliche Bedeutung der Vorspiegelung für diese Vermögensminderung. Wegen des mangelnden Kausalzusammenhangs zwischen der Täuschungshandlung und der durch die Vorleistung des Getäuschten eingetretenen Vermögensminderung komme eine Vermögensbeschädigung i.S. des Betrugs nicht in Betracht. Die Vorleistung sei hingegen in dem Bewußtsein, daß die Gegenleistung im Rechtsinn unmöglich ist⁴⁾. Wer sich eine solche vom Recht nicht geschützte Gegenleistung versprechen lasse und eine Aufwendung dafür mache, der beschädige sein Vermögen selbst⁵⁾. Anders liege die Sache nur, wenn der Getäuschte die von ihm beanspruchte Handlung für nicht verboten hielt und deshalb der, wenn auch irrigen Meinung war, er könne auf deren Vornahme einen rechtswirksamen Anspruch durch Vertrag erwerben. Sonst fehle es stets am ursächlichen Zusammenhang zwischen der Täuschung und der durch die Vorleistung des Getäuschten eingetretenen Vermögensminderung⁶⁾.

1) RG 19, 190. "Daß aber aus einem Delikt der Delinquent Vermögensrechte erwirbt, in deren Besitz ihm strafrechtlicher Schutz zuteil wird, widerspricht den obersten Rechtsgrundsätzen."

2) z.B. RG 21, 161; 36, 342; 37, 31; 24, 408; GA 46, 216; GA 46, 330.

3) Bemerkenswert ist, daß die Vorinstanzen stets Betrug bejahten und auf die Vorleistung des Getäuschten und nicht auf das Ausbleiben der Gegenleistung abstellten.

4) RG GA 46, 216.

5) RG GA 54, 418.

6) RG GA 54, 418.

Die reichsgerichtliche Judikatur stellte demnach in RG 19, 186 und den im Anschluß an diese Entscheidung ergangenen Urteilen zwei Thesen auf:

- 1) Der Vermögensschaden könne nur in dem Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung erblickt werden. Sei der Anspruch auf diese nichtig, so fehle es an einem Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen, wenn die versprochene Gegenleistung ausbleibe.
- 2) Die durch die Vorleistung des Getäuschten eingetretene Vermögensminderung komme deshalb nicht als Vermögensbeschädigung i.S. des Betrugs in Betracht, weil sie nicht durch die Täuschung verursacht sei, da der Getäuschte die Vorleistung in dem Bewußtsein erbracht habe, keinen Rechtsanspruch auf die Gegenleistung zu haben.

Während noch RG 36, 342 in konsequenter Verfolgung dieser erstmalig in RG 19, 186 in der reichsgerichtlichen Judikatur vertretenen Grundsätze den Verkauf untauglicher Abortivmittel nicht als vollendeten Betrug ansah und ausdrücklich erklärte, daß auch eine Bestrafung wegen versuchten Betrugs nicht in Betracht komme, nahm RG 38, 424 in einem gleichartigen Fall versuchten Betrug an und stellte sich damit in Gegensatz zu der vorangegangenen Entscheidung. Ebenso sah RG GA 54, 418 in derartigen Fällen Betrugsversuch als möglich an¹⁾.

In auffallendem Gegensatz zu der seit RG 19, 186 vertretenen Auffassung steht aber bereits die Entscheidung RG GA 42, 119 (1894), in der vollendeter Betrug angenommen wurde. Diese Entscheidung führt aus: Die Schädigung des Getäuschten werde nicht durch den Verlust eines des Rechtsschutzes entbehrenden Anspruchs, sondern lediglich durch die Hingabe der Geldbeträge herbeigeführt²⁾.

Ähnlich wie in RG GA 42, 119 wird auch in RG 42, 60 im Gegensatz zu RG 19, 186 ausgeführt, die Vermögensminderung beruhe auf der Aufwendung der Getäuschten, sofern nicht gleichwertige Gegenstände ihrem Vermögen zugeführt werden.

1) Hiergegen Schumann Diss. 30 und Zeiler ZStW 28, 473 ff.

2) Auch Schumann weist darauf hin, daß der Fall nicht von RG 19, 186; 21, 161 wesensverschieden ist (Diss. S. 29).

Beide Entscheidungen liegen demnach auf der Linie der oben erwähnten Urteile des Preußischen Obertribunals 18, 471 und des RG in 15, 318.

Die entscheidende Wende zu den bereits in diesen Entscheidungen vertretenen Grundthesen brachte allerdings erst RG 44, 230. In dieser Entscheidung, die wieder den Verkauf untauglicher Abortivmittel zum Gegenstand hatte, nahm das RG entgegen den einschlägigen Entscheidungen RG 36, 342 und RG 38, 424 wieder vollendeten Betrug an. Zwei Fragen wurden in dieser bedeutsamen Entscheidung eingehend erörtert:

- 1) Die Frage, ob in den vorliegenden Fällen das Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung oder die dem Vertrage gemäß bewirkte Vorleistung des Getäuschten der für die Feststellung einer Vermögensbeschädigung maßgebliche Vorgang ist.
- 2) Die Frage, ob in den Fällen der vorliegenden Art der ursächliche Zusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vermögensbeschädigung rechtlich ausgeschlossen ist, wenn sich der Zahlende bewußt war, keinen Anspruch auf Lieferung des Abtreibungsmittels zu haben.

Das RG bekannte sich in dieser Entscheidung wieder zu der bereits in RG 15, 318 vertretenen Auffassung, daß in Fällen der vorliegenden Art der Grund der Vermögensbeschädigung des Getäuschten allein in seiner dem Vertrage gemäß bewirkten Vorleistung liegt und nicht darin zu suchen ist, daß ihm die zugesicherte Gegenleistung vorenthalten wird. Es bejahte auch den Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung und hielt der früheren Auffassung, die den ursächlichen Zusammenhang leugnete, weil der Getäuschte im Bewußtsein vorleiste, keinen Rechtsanspruch auf die Gegenleistung zu haben, mithin sein Vermögen selbst schädige, entgegen, daß, wer infolge arglistigen Verhaltens seines Vertragspartners eine Aufwendung aus seinem Vermögen macht, die für ihn eine Beschädigung darstellt, zunächst immer als einer erscheint, der sein Vermögen selber beschädigt. Es gehöre geradezu zum Tatbestand des Betrugs, daß die Vermögensbeschädigung auf einer eigenen Verfügung des Getäuschten beruht. Die Vorspiegelung, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung

zu erbringen, sei immer dann kausal für die Vorleistung des Getäuschten und die damit eingetretene Vermögensminderung, wenn der Getäuschte trotz Nichtigkeit des Geschäfts auf die Leistungsbereitschaft des Vertragspartners vertraue.

Die Entscheidung RG 44, 230 führte in der Folgezeit wenigstens für die Praxis zu einer erfreulichen Klarstellung des Problems, ob Betrug dadurch begangen werden kann, daß Geld oder Sachwerte durch die Vorspiegelung, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu erbringen, abgeschwindelt werden. ¹⁾

In der Literatur wurde sie zum Anlaß einer regen Auseinandersetzung ²⁾. Binding ³⁾ verteidigte hartnäckig die frühere Auffassung des RG, die allein auf das Ausbleiben der Gegenleistung abstellte und die Täuschung als nicht ursächlich für die tatsächlich eingetretene Vermögensminderung des Getäuschten ansah. Er leugnete aber ebenso wie andere Schriftsteller und frühere RG-Entscheidungen ⁴⁾ das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung trotz der durch die Vorleistung des Getäuschten eingetretenen Vermögensminderung nicht nur, weil es an der ursächlichen Bedeutung der Täuschungshandlung für die durch die Vorleistung eingetretene Vermögensminderung fehle, sondern auch deshalb, weil das Geleistete nicht zurückgefordert werden könne, da es dem Getäuschten wegen § 817, S. 2 BGB am Kondiktionsrecht mangle. Da das bürgerliche Recht einen Schaden nicht anerkenne, indem es die Rückforderung des Geleisteten versage, könne auch nicht von einem Schaden i.S. des Strafrechts die Rede sein ⁵⁾. Damit wird zwischen tatsächlichem

-
- 1) RG in DJZ 11, 987. Vgl. die im Zusammenhang mit Betrügereien auf dem Schwarzen Markt ergangenen Entscheidungen.
 - 2) Vgl. Engelhard ZStW 33, 133; Schumann ZStW 34, 183; Zeiler GA 60, 255; Zaeschmar DJZ 11, 78/330.
 - 3) DJZ 11, 553. Binding vertrat diese Ansicht auch in seinem Lehrbuch (S. 343 N. 5).
 - 4) RG 37, 31.
 - 5) Ebenso Schumann Diss., S. 57 und ZStW 34, 183; jedoch bekämpft Schumann im Gegensatz zu Binding die These, daß die Vermögensschädigung nur im Ausbleiben der Gegenleistung erblickt werden könne und es für die tatsächlich eingetretene Vermögensminderung am ursächlichen Zusammenhang fehle.

(wirtschaftlichem) Schaden und Schaden im Rechtssinne unterschieden.

Die Auffassung, in unseren Betrugsfällen fehle es an einer Vermögensbeschädigung, ist im wesentlichen auf die Ausführungen von M e r k e l zurückzuführen, der bereits im Jahre 1867 zu dem Problem des Vermögensschadens beim Betrug im Rahmen illegaler Geschäfte Stellung nahm und dabei ebenso wie später das RG in 19, 186 und anderen Entscheidungen die Auffassung vertrat, es komme nicht auf die wirklich entzogenen, sondern auf die in Aussicht gestellten Werte an. Für die durch die Vorleistung des Getäuschten eingetretene Vermögensminderung fehle es an der ursächlichen Bedeutung der Täuschungshandlung¹⁾.

Diese Auffassung war bereits Gegenstand heftiger Kritik in zahlreichen wissenschaftlichen Darstellungen, bevor die Entscheidung RG 44, 230 erging²⁾. Gegen sie wurde immer wieder geltend gemacht, daß in unseren Betrugsfällen der Vermögensschaden durch die Vorleistung des Getäuschten eintritt und daß der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschungshandlung und der durch die Vorleistung eingetretenen Vermögensminderung nicht deshalb fehlt, weil der Getäuschte die Vorleistung im Bewußtsein erbrachte, keinen Rechtsanspruch auf die Gegenleistung zu haben, und daß das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung auch nicht deshalb bestritten werden kann, weil es dem Getäuschten am Kondiktionsrecht fehlt, da § 817, S. 2 BGB für das Strafrecht keine Bedeutung habe. Durchzusetzen vermochte sich diese Gegenmeinung aber erst, nachdem das RG sich diese Auffassung wieder zu eigen gemacht hatte. Die maßgeblichen Autoren³⁾ schlossen sich nach und nach den

1) Kriminal.Abhandlungen, S. 223 ff.

Wie sehr sich Merkel bei seinen Ausführungen zur Tatbestandsmäßigkeit der Handlung von rechtspolitischen Erwägungen leiten ließ, geht aus folgendem Satz hervor, der sich mitten in der Erörterung der Tatbestandsmäßigkeit findet: "Soll nun das Recht, indem es sich in einer solchen Verletzung selbst für verletzt erklärt und einen Grund zur Bestrafung des Täuschenden aus ihr ableitet, eine offenbar schlechte Sache zur seinigen machen?" (S. 223).

2) Engelhard, Diss.; Schumann Diss.; Zeiler ZStW 28, 471.

3) z.B. Frank 263 A V; Liszt-Schmidt, S. 668; a.A.: Allfeld, S. 477.

vom RG 44, 230 vertretenen Grundsätzen an, und es schien für lange Zeit so, als sei das Problem endgültig geklärt. Dann wurden aber wieder Bedenken gegen die Strafbarkeit des Verkäufers untauglicher Abtreibungsmittel angemeldet. Diese richteten sich jedoch nicht mehr gegen die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens, sondern man bezweifelte den Unrechtscharakter der Handlung. S c h l o s k y ¹⁾ vertrat zum Beispiel die Ansicht, ein an sich tatbestandsmäßiges Verhalten sei nicht strafbar, wenn sich die Handlung nicht als materielles Unrecht darstelle. Da das Abschwindeln von Geld gegen das Versprechen, ein taugliches Abortivmittel zu liefern, kein strafwürdiges Unrecht sei, insbesondere, da der Getäuschte nicht als schutzwürdig erscheine, trat er für die Strafflosigkeit des Täters in unseren Betrugsfällen ein. Dazu ist jedoch zu bemerken, daß RG 44, 230 bereits auch diese Frage eingehend erörterte und das Argument, das Verhalten stelle wegen der Schutzunwürdigkeit des Betrogenen kein strafwürdiges Unrecht dar, als nicht stichhaltig abgelehnt hatte.

Nach dem zweiten Weltkrieg rückte das Problem des Betrugs im Rahmen illegaler Geschäfte wieder in den Mittelpunkt der Auseinandersetzungen um den Betrugstatbestand. Die Mannigfaltigkeit der Betrügereien auf dem Schwarzen Markt zwang zu erneuter Stellungnahme. Während die Rechtsprechung - soweit ersichtlich - die Fälle des sog. "Spritzens" auf dem Schwarzen Markt in konsequenter Verfolgung der in RG 44, 230 vertretenen Grundsätze stets als strafbaren Betrug ansah ²⁾, waren die Meinungen in der Literatur geteilt. Es wurde zum Teil mit Entschiedenheit für die Strafflosigkeit des "Spritzens" eingetreten. Insbesondere ist hier R . F i s c h e r ³⁾ zu nennen, der im Anschluß an Schlosky a.a.O. die Strafbarkeit des Spritzers trotz tatbestandsmäßigen Verhaltens verneinte, weil es sich um getäuschte Erwartungen handle, die nicht schutzwürdig seien. G e r l o f f ⁴⁾ versuchte - eben-

1) DStR 1941, S. 41; dagegen Klee DStR 41, 47.

2) OLG Celle in Nds Rpfl 47, 25; OLG Oldenburg in Nds Rpfl 47, 42; OGH 2, 259; OLG Hamm in HEST 1, 113; KG in HEST 2, 44; OLG Düsseldorf MDR 47, 267.

3) Fischer, S. 16 ff.

4) Diss., S. 45 ff.

falls von der Schutzunwürdigkeit des Betrogenen ausgehend - einen persönlichen Strafausschließungsgrund für den Täter und darüber hinaus ein Prozeßhindernis zu konstruieren. Im Zusammenhang mit den Betrügereien auf dem Schwarzen Markt wurden aber auch wieder Meinungen laut, die sich gegen die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung richten. So tritt z.B. R. L a n g e für die Straflosigkeit des Schwarzmarktbetruges ein und begründet seine Auffassung damit, der Anspruch des Getäuschten auf den über den festgesetzten Preis hinausgehenden Schwarzmarktpreis sei nichtig, die Nichtzahlung des Überpreises könne daher keinen Betrug darstellen, da es an einem Schaden fehle; auch unter dem Gesichtspunkt der Vorleistung des Getäuschten komme kein Betrug in Betracht¹⁾. Auch W e l z e l, der sich neuerlich allerdings nicht mehr zu dieser Frage äußert, war der Ansicht, daß das sog. "Spritzen" auf dem Schwarzen Markt mangels Tatbestandsmäßigkeit straflos sei^{2) 3)}. Die überwiegende Zahl der Schriftsteller steht jedoch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß der Schwarzmarktbetrug strafbar ist.⁴⁾

Kann so zusammenfassend festgestellt werden, daß im großen und ganzen wenigstens in der Rechtsprechung seit RG 44, 230 im Gegensatz zu den wissenschaftlichen Erörterungen zu der Frage, ob das Abschwindeln rechtmäßig erworbener Sachwerte gegen das Versprechen einer gesetz- oder sittenwidrigen Gegenleistung Betrug darstellt, eine einheitliche Linie eingenommen wurde, so ist hier doch noch eine neuere Entscheidung des BGH⁵⁾ zu erwähnen, der für unsere Fälle eine gewisse Bedeutung zukommt. Dies allerdings nicht im Hinblick auf das Problem der Vermögensbeschädigung⁶⁾, sondern vielmehr in Bezug auf die Frage nach der Rechtswidrigkeit des vom Täter erstrebten Vermögensvorteils. Nach dieser Entschei-

1) Kohlrausch-L. 263 A V

2) Welzel, Aufl. 1947, S. 171/172.

3) Auch Bockelmann ist vom Standpunkt seiner personalen Vermögenstheorie der Ansicht, das "Spritzen" sei mangels Tatbestandsmäßigkeit straflos (JZ 52, 464).

4) Vgl. die Lehrbücher und Kommentare.

5) 8, 221.

6) Zur Frage der Vermögensbeschädigung nimmt sie überhaupt nicht Stellung.

dung soll ein durch Täuschung und Irrtumserregung erstrebter Vermögensvorteil insoweit nicht rechtswidrig sein, als der Getäuschte keinen Anspruch auf die Gegenleistung hatte. Demnach würde es in unseren Beispielsfällen, die in der ersten Gruppe zusammengefaßt sind, stets an der Rechtswidrigkeit des vom Täter erstrebten Vermögensvorteils fehlen, sodaß Betrug entfallen würde.

2. Fallgruppe

Die Entscheidung RG 44, 230 hat auch auf die rechtliche Beurteilung der in der zweiten Gruppe zusammengefaßten Fälle entscheidenden Einfluß ausgeübt, indem sie den Satz aufstellte, daß es kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen gebe. Unter Zugrundelegung eines rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffes rechnete sie auch Werte, die jemand widerrechtlich besitzt, zum Vermögen und erkannte damit an, daß auch vitiös erlangte Sachwerte Gegenstand des Betrugs sein können. In der Folgezeit hat das RG stets beim Abschwindeln gestohlener, unterschlagener, durch Betrug oder sonstige strafbar erlangter Sachwerte wegen Betrugs gestraft¹⁾. In den Fällen des "Spritzens" auf dem Schwarzen Markt erschien dieser Grundsatz, daß auch vitiös erlangte Sachwerte Gegenstand des Betrugs sein können, so selbstverständlich, daß in der Praxis im Einzelfall gar nicht geprüft wurde, ob der Schwarzhändler die Ware, die ihm vom "Spritzer" abgeschwindelt wurde, rechtmäßig oder unrechtmäßig erworben hatte. Auch der BGH hat sich vom Standpunkt des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes der Auffassung angeschlossen, daß auch unrechtmäßig erlangte Sachwerte Gegenstand des Betrugs sein können²⁾.

In der Literatur sind die Vertreter des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffes uneingeschränkt der gleichen Auffassung³⁾. Die Vertreter des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffes wollen dagegen den Besitz vitiös erlangter Sach-

1) RG 65, 3; RGLZ 1922, Sp. 367.

2) 2, 364.

3) Maurach, S. 287; Bruns, M.F., S. 335 ff.; Bruns, Befr., S. 227; Jagusch LK 249 Vorb. (8. Aufl.) II 4A; Mezger Lb., 179; Niethammer, S. 268; Schönke-Schröder, 263 VII 3.

werte nur insoweit als Vermögensbestandteil anerkennen, als der unrechtmäßig erlangte Besitz zivilrechtlich geschützt ist¹⁾. Eine Ausnahme unter den Vertretern des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffes machen insoweit allerdings Nagler²⁾ und Sauer³⁾, die dem unrechtmäßigen Besitz generell den Betrugsschutz versagen, da er nicht Vermögensbestandteil sei. Hirschberg vertritt von seiner juristisch ausgerichteten Vermögenstheorie aus die Auffassung, der Besitz könne nicht Objekt des Rechtsschutzes der Vermögensdelikte sein, sofern nicht ein dingliches oder obligatorisches Recht hinter ihm stehe. Deshalb könne ein Dieb nicht betrogen werden⁴⁾. Ebenso wird in der älteren Literatur unter der Vorherrschaft der juristischen Vermögenstheorie die Auffassung vertreten, daß unrechtmäßig besessene Sachwerte nicht Gegenstand des Betrugs sein können⁵⁾. Der Besitz gehöre generell nicht zum Vermögen⁶⁾.

Zusammenfassend können wir aber feststellen, daß es heute h.M. ist, daß auch den unrechtmäßig besessenen Sachwerten der Betrugsschutz zuteil wird, und daß das Abschwindeln unrechtmäßig besessener Sachwerte im Rahmen illegaler Geschäfte genauso zu beurteilen ist wie das Abschwindeln rechtmäßig erlangter Werte gegen das Versprechen einer gesetz- oder sittenwidrigen Gegenleistung, das - wie im Vorhergehenden dargelegt - nach heute h.M. stets strafbaren Betrug darstellt.

3. Fallgruppe

Die Frage, ob das Abschwindeln einer unsittlichen oder verbotenen Dienstleistung Betrug ist, wird fast einhellig verneint. In RG 27, 300 war der Fall zu entscheiden, in dem die geschlechtliche Preisgabe einer Dirne gegen die Ausstellung einer wertlosen Anweisung erschwindelt wurde. In der Begründung stellte das RG gemäß der seit RG 19, 186 in

1) Welzel, S. 316; Kohlrath, 263 A 1.

2) LK 249 Vorb. II, 4 (6. und 7. Aufl.).

3) S. 86

4) S. 329

5) Merkel, S. 101.

6) Gerland, S. 637; Frank 263 V; Binding, S. 240; Wachenfeld, S. 404; Allfeld, S. 477; Liszt-Schmidt, S. 668.

der Rechtsprechung herrschenden Ansicht allein auf die Sit-
tenwidrigkeit des Anspruchs auf den versprochenen Lohn ab und
verneinte das Vorliegen eines Betrugs, weil das Ausbleiben
der versprochenen Zahlung wegen der Nichtigkeit des Anspruchs
keinen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen darstelle.
Zu der Frage, ob die Dienstleistung der Dirne eine vermögens-
werte Aufwendung darstellt, hat sich die Entscheidung aber
nicht geäußert.

Der BGH hat sich zu dieser Frage dahin ausgesprochen, daß
dem Geschlechtsverkehr für das Recht kein in Geld zu veran-
schlagender Wert zukomme. Die Hingabe der Dirne sei weder für
sie eine Vermögensverfügung noch für den Freier ein Vermö-
gensvorteil¹⁾.

Die Literatur hat sich dieser vom BGH vertretenen These
angeschlossen und verneint generell die Frage, ob einer un-
sittlichen Dienstleistung ein Vermögenswert zukommt, tut
dies jedoch, ohne die Problematik näher zu erörtern, in Form
apodiktischer Sätze²⁾, obwohl zumindest von den Vertretern
der wirtschaftlichen Vermögensauffassung ein Eingehen auf
die Problematik der Frage, ob auch unsittlichen und verbo-
tenen Dienstleistungen ein wirtschaftlicher Wert zukommt,
erwartet werden könnte.

Nur K o h l h a a s³⁾ und F r a n z h e i m⁴⁾ vertreten
die Ansicht, daß sich die käufliche Geschlechtshingabe der
Dirne in keiner Weise von dem sonstigen Einsatz ihrer Ar-
beitskraft unterscheide. Die Arbeitskraft aber stelle einen
Vermögenswert i.S. des Betrugs dar. Es sei zwar ein ethisch
großer, aber vermögensrechtlich nicht vorhandener Unterschied,
ob man sich in einer Revue zur Schau stelle oder den Körper
anderweit preisgebe. Eine Vermögensverfügung schlechthin zu
verneinen, bedeute, die Augen vor tatsächlichen Gegebenheiten
verschließen.

1) BGH 4, 374.

2) Schönke-Schröder 263 VII, 3;
Maurach, S. 287; Dalcke-Schäfer, 263 A; Jagusch LK 249
Vorb. II; Kohlr.-L. 263 V.

3) JR 54, 97.

4) GA 60, 271.

4. Fallgruppe

Die Frage, ob jemand um die Erfüllung einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Forderung betrogen werden kann, ist in der Rechtsprechung und vor allem in der neueren Literatur heftig umstritten. Das RG vertrat in einer vielzitierten Entscheidung die Ansicht, die durch Täuschung und Irrtumserregung veranlaßte Nichtverfolgung eines Anspruchs stelle nur eine Vermögensbeschädigung dar, wenn der Anspruch rechtlichen Bestand hatte¹⁾. Die durch Täuschung des Gläubigers bewirkte Nichtverfolgung eines nichtigen Anspruchs stelle daher keinen Betrug dar.²⁾ Demgegenüber neigt die Nachkriegsjudikatur vom rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff ausgehend dazu, auch in den Fällen, in denen ein Gläubiger durch Täuschung zum Abstehen von der Geltendmachung nichtiger Ansprüche veranlaßt wurde, einen Vermögensschaden und damit Betrug anzunehmen, sofern die Ansprüche trotz Nichtigkeit einen wirtschaftlichen Wert hatten, d.h. sofern sie faktisch realisierbar waren. So hat der OGH Br.Z.³⁾ in der durch Täuschung veranlaßten Ermäßigung einer nichtigen Schwarzmarktforderung eine Vermögensbeschädigung gesehen und den Täuschenden wegen Betrugs bestraft. Auf dieser Entscheidung aufbauend hat auch der BGH⁴⁾ in der durch Täuschung des Gläubigers bewirkten Nichtgeltendmachung einer nichtigen Forderung eine Vermögensbeschädigung gesehen und den Täuschenden ebenfalls wegen Betrugs bestraft. In diesen Entscheidungen werden wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderungen ebenso wie Sachwerte, die nach h.M. ohne Rücksicht auf ihre recht- oder unrechtmäßige Erlangung als Vermögensbestandteile gelten, als zum Vermögen gehörig angesehen, sofern nur eine faktische Aussicht auf Erfüllung bestand.

1) RG 65, 99.

2) Dagegen vertrat das RG in zwei anderen Entscheidungen, die bisher kaum in der Diskussion beachtet wurden, die Ansicht, daß es nicht darauf ankomme, ob der Anspruch rechtlich begründet sei (RG 63, 191; 73, 337).

3) 2, 200.

4) 2, 364.

Dagegen soll nach BGH 4, 373 der Anspruch der Dirne gegen ihren Freier auf den vereinbarten Lohn nie einem durch ein sittenwidriges Rechtsgeschäft erlangten Sachwert gleichstehen.

Kann man so schon in der Judikatur zu der Frage, ob die Vereitelung nichtiger Ansprüche durch Täuschung und Irrtums-erregung einen Betrug darstellt, nicht von einer communis opinio sprechen, so gilt dies erst recht für die Literatur.

Die Vertreter des rein juristischen Vermögensbegriffes mußten von ihrem Standpunkt aus das Vorliegen eines Betrugs verneinen, da nach der juristischen Vermögensauffassung nichtige Ansprüche nicht Bestandteil des Vermögens sein können.¹⁾ Gegenstand eines Vermögensdelikts könne nicht ein Wert sein, dem die Rechtsordnung die Anerkennung versage²⁾. Aber auch die Vertreter des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffes rechneten lange Zeit Forderungen nur dann zum Vermögen, wenn sie rechtlichen Bestand hatten. So war man bis vor einigen Jahren in der Literatur fast einhellig der Ansicht, daß derjenige, der einen anderen um einen wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Anspruch prellt, indem er den Gläubiger täuscht und dadurch von der Verfolgung abhält, keinen Betrug begeht. Erst seit BGH 2, 364³⁾ ist unter den Vertretern des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffes die Tendenz festzustellen, auch wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderungen als Vermögensbestandteile und damit als taugliches Angriffsobjekt des Betrugs anzuerkennen, sofern sie einen wirtschaftlichen Wert besitzen, was dann der Fall sei, wenn ohne die Täuschungshandlung Aussicht auf Erfüllung bestanden hätte⁴⁾. Nur Grünhut und Bruns vertraten lange vor OGH 2, 200 und BGH 2, 364 vom Standpunkt eines rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffes die Ansicht, auch nichtige Forderungen seien Vermögensbestandteil, sofern sie

1) Frank 263 V, 3c; Gerland, S. 560; Binding, S. 343; Liszt-Schmidt 668; Allfeld 477.

2) Hirschberg, S. 331.

3) Vgl. auch die Anmerkung von Krumme in LM zu 263 Nr. 13.

4) Dalcke-Schäfer 263 A7c; Jagusch LK 248 Vorb. II; Dreher-Maaßen 263 A6c; Schwarz-Dreher 263 A5b.

faktisch realisierbar seien¹⁾. Unter den Gegnern dieser Auffassung sind neben den Anhängern der rein juristischen Vermögenstheorie heute vor allem die Vertreter der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre zu nennen, die nur solche Worte und Positionen als Vermögensbestandteil anerkennen, die wenigstens insoweit von der bürgerlichen Rechtsordnung anerkannt sind, als sie unter deren Schutz stehen²⁾. Aber auch unter den Anhängern des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffes wird zum Teil immer noch die Auffassung vertreten, daß Ansprüche nur dann zum Vermögen gehören, wenn sie rechtlichen Bestand haben³⁾.

Zur Beurteilung der in der vierten Gruppe zusammengefaßten Fälle, die diese in Rechtsprechung und Literatur erfahren, ist demnach zusammenfassend festzustellen, daß neuerdings unter der Herrschaft der rein wirtschaftlichen Vermögenstheorie Ansatzpunkte in der Rechtsprechung vorhanden sind, auch wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderungen zum Vermögen zu rechnen und ihnen damit den Betrugsschutz zuteil werden zu lassen, und daß auch in der Literatur seit BGH 2, 364 unter den Anhängern des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes zunehmend die Tendenz besteht, Forderungen allein nach dem Grad der Aussicht auf Erfüllung, also nach ihrem wirtschaftlichen Wert und nicht nach ihrem rechtlichen Bestand zu beurteilen.

5. Fallgruppe

Die Frage, ob ausnahmsweise schon die auf Täuschung beruhende Belastung des Vermögens mit einer wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Verbindlichkeit eine Vermögensschädigung darstellen kann und damit den Betrugstatbestand zu erfüllen geeignet ist, wird in der Literatur nur ausnahmsweise angeschnitten und in Form apodiktischer Sätze

-
- 1) Grünhut JW 32, 2434; Bruns, Refr., S. 72/231. Vgl. auch Bruns DRWi 1940, 325.
 - 2) Welzel, S. 316; Kohlrausch-L. 263 V 1c; Sauer, S. 87; Nagler LK 249 Vorb. 4.
 - 3) Schönke-Schröder 263 VIII, 3a; Mezger, S. 183.

verneint. So erklären Nagler und Jagusch¹⁾, beim unsittlichen oder verbotenen Rechtsgeschäft könne der Vermögensschaden niemals in der Eingehung der nichtigen schuldrechtlichen Verpflichtung bestehen²⁾. Dass die in die fünfte Gruppe gehörenden Fälle bisher in der Literatur fast keine Berücksichtigung gefunden haben, ist unseres Erachtens darauf zurückzuführen, daß es sich um typische Fälle des Eingehungsbetrugs handelt, bei dem die Vermögensschädigung schon in der Eingehung einer vertraglichen Verpflichtung besteht, die nicht durch einen wirtschaftlich gleichwertigen Gegenanspruch gegen den Täuschenden kompensiert wird. Da es sich beim Eingehungsbetrug also um das Problem der Wertverschiedenheit von übernommener Verpflichtung und erlangtem Gegenanspruch handelt, in unseren Fällen aber kein rechtsgültiger Vertrag und damit keine rechtsgültige Verpflichtung (nicht einmal eine unvollkommene) vorliegt, und das Vorhandensein einer nur faktischen Verpflichtung als Vermögensbeschädigung noch nicht in Betracht gezogen wurde, hat man bislang keine Veranlassung gesehen, diese Fälle daraufhin zu untersuchen, ob sie unter dem Gesichtspunkt des Eingehungsbetrugs strafbare Sachverhalte darstellen.

Auch in der Rechtsprechung wurde zu diesem Problem - soweit ersichtlich - noch nicht Stellung genommen. Auch der in RG 65, 106 entschiedene Fall trifft nicht ganz unser Problem, da es sich dort um Nichtigkeit wegen Formmangels handelte, wir aber die Fälle untersuchen wollen, in denen die Geschäfte wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtig sind. Wegen der großen Ähnlichkeit, die dieser vom RG entschiedene Fall mit den von uns in dieser Gruppe zu untersuchenden Fällen hat - man unterstelle nur, die Nichtigkeit der Forderung beruhe auf Gesetz- oder Sittenwidrigkeit und der Fall gehört in die 5. Gruppe - dürfte aber für die Beurteilung der in dieser Gruppe zusammengefaßten Fälle schon an dieser Stelle der Hinweis aufschlußreich sein, daß das RG in der vorgenannten

1) LK 263 Anm. 11g (Jagusch in der letzten, Nagler in der vorletzten Auflage).

2) Ebenso Eckstein GA 58, 77.

Entscheidung vom Standpunkt des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes entschieden hat, die Belastung des Vermögens mit einem wegen Formmangels nichtigen Bürgschaftsversprechen für einen unsicheren Schuldner stelle dann einen Vermögensschaden dar, wenn sich auf Grund der übernommenen nichtigen Verbindlichkeit für den Bürgen eine tatsächliche Zwangslage zur Erfüllung trotz Nichtigkeit ergebe.

6. Fallgruppe

Die Frage, ob derjenige sich eines Betruges schuldig macht, der eine wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderung durchsetzt, indem er den Schuldner täuscht, und dadurch zur Leistung veranlaßt, ist - soweit ersichtlich - in der Rechtsprechung nur einmal behandelt. Das OLG Hamm¹⁾ hat die Frage, ob derjenige, der beim Tausch auf dem Schwarzen Markt benachteiligt wurde und den andern Teil durch Täuschung und Drohung zur Nachlieferung veranlaßte, den Tatbestand des Betrugs erfüllt, bejaht und hat die Problematik des Falles in der Bestimmung des Begriffes der Rechtswidrigkeit des vom Täter durch Täuschung erstrebten Vermögensvorteils gesehen. Wir halten es aber für zweckmäßig, schon an dieser Stelle auf eine in dieser Entscheidung enthaltene Inkonsequenz hinzuweisen, da wir glauben, daß es für das Verständnis der von uns an späterer Stelle versuchten Lösung der in dieser Gruppe zusammengefassten Fälle vorteilhaft sein wird. Das OLG Hamm hat nämlich insofern eine merkwürdig inkonsequente Haltung eingenommen, als es die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils bei der Prüfung des Betrugstatbestandes bejahte, da dem Täuschenden kein Rechtsanspruch auf Nachlieferung zugestanden habe, in der gleichen Entscheidung aber bei der Prüfung des Tatbestands der Erpressung das Unrecht der erstrebten Bereicherung verneinte, da die erstrebte Bereicherung nach der Volksanschauung nicht als Unrecht erscheine. Nach heute h.L. sind aber die Begriffe der Unrechtmäßigkeit der Bereicherung im § 253 StGB und der

1) HEST 2, 32.

Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils im § 263 StGB gleich. Daran hat die Änderung des Wortlauts von "rechtswidrig" in "zu Unrecht" im Tatbestand der Erpressung nichts zu ändern vermocht¹⁾.

Aufschlußreich erscheint uns deshalb in diesem Zusammenhang zur Frage, ob der in unseren Fällen durch die Realisierung nichtiger Forderungen erstrebte Vermögensvorteil rechtswidrig ist, eine Entscheidung des BGH, die zu § 253 StGB ergangen ist und die Frage behandelt, ob eine Dirne, die ihren Lohn mit Gewalt und Drohungen eintreibt, sich zu Unrecht zu bereichern beabsichtigt²⁾. Der BGH hielt in dieser Entscheidung - wie das OLG Hamm hinsichtlich des § 263 StGB - daran fest, daß eine Bereicherung, auf die kein Rechtsanspruch bestand, unrechtmäßig sei. Hätte in dem vom BGH entschiedenen Fall die Dirne statt Gewalt und Drohungen das Mittel der Täuschung angewandt, um Bezahlung zu erlangen, so hätte sie demgemäß unter im übrigen gleichen Voraussetzungen nach der Auffassung des BGH einen rechtswidrigen Vorteil erstrebt und den Tatbestand des Betrugs erfüllt³⁾.

In der Literatur wurde zu dem Problem, ob die durch Täuschung des Schuldners erlangte Befriedigung einer nichtigen Forderung einen Betrug darstellt - soweit ersichtlich - noch nicht ausdrücklich Stellung genommen. Vermutlich ist man überwiegend der Ansicht, daß es sich um eine Selbstverständlichkeit handelt, daß der Selbsthilfebetrug in Bezug auf nichtige Ansprüche tatbestandsmäßig und strafbar ist. Da wir es aber für die Klärung der sich hier stellenden Probleme als förderlich erachten, neben der Rechtsprechung des BGH zum Tatbestand der Erpressung auch die Literatur zum § 253 ergänzend heranzuziehen, sei uns erlaubt, in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen Fischers⁴⁾ hinzuweisen, der die Frage nach dem Vorliegen eines Unrechts i.S. des § 253 in den Fällen, in denen ein rechts- oder sittenwidriger

1) Vgl. die Lehrbücher und Kommentare.

2) BGH 4, 107

3) In BGH 4, 107 wurde die Dirne deshalb nicht wegen Erpressung bestraft, weil ihr Vorsatz nicht das "zu Unrecht" der Bereicherung erfaßte.

4) Fischer aaO. S. 36 f.

Anspruch mit Gewalt oder Drohungen durchgesetzt wird, behandelt, und die Auffassung vertritt, daß es dem Grundgedanken der Rechtsordnung, wie er insbesondere für das Privatrecht in den §§ 134, 817 BGB seinen Ausdruck gefunden habe, entspreche, wenn man in diesen Fällen von jeder Wertung absehe und damit die Vornahme einer solchen Vermögensverschiebung als rechtlich irrelevant bezeichne.

II. Teil

Die Tatbestandsmäßigkeit der einzelnen Fallgruppen.

Das objektive Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung.

Die Problematik seiner Interpretation im Hinblick auf die Fälle des Betrugs im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte.

Wie aus der obigen Darstellung der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen zu dem in dieser Abhandlung zu untersuchenden Problemkreis leicht zu ersehen ist, haben die meisten Streitfragen ihren Ausgangspunkt in der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Vermögensbeschädigung, denn die Frage nach dem Eintritt eines Vermögensschadens bildet das Zentralproblem bei der Untersuchung, ob die in den einzelnen Gruppen zusammengefaßten Fälle den Tatbestand des Betrugs erfüllen. Ohne daß eine Beschädigung fremden Vermögens eingetreten ist, kann von der Erfüllung des Betrugstatbestands keine Rede sein, denn dieser setzt - wie wir schon einleitend ausgeführt haben - neben der Täuschung und Irrtumserregung und der darauf beruhenden Vermögensverfügung des Getäuschten vor allem das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung voraus. Je nachdem, welcher der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen zum Begriff der Vermögensbeschädigung man den Vorzug gibt, ist das Ergebnis verschieden¹⁾. Deshalb ist es erforderlich, vorweg eine Klärung des Begriffes der Vermögensbeschädigung zu versuchen, um dadurch eine einheitliche Ausgangsbasis zu schaffen, auf die die Lösungen der von uns zu untersuchenden Fälle sich gründen lassen. Zum Verständnis des Begriffes der Vermögensbeschädigung ist vor allem eine Klärung dessen, was § 263 StGB unter "Vermögen" als dem allein durch den Betrugstatbestand geschützten Angriffsobjekt versteht, erforderlich. Es ist in unseren Betrugsfällen die Frage, ob unrechtmäßig besessene Sachwerte ebenso wie rechtmäßig besessene, ob unsittliche oder verbotene Dienstleistungen und nichtige Forderungen Vermögensbestandteile im Sinne des § 263 StGB und damit taugliches Angriffsobjekt des Betrugs sind, und bejahendenfalls,

1) Nur die in der letzten Gruppe zusammengefaßten Fälle machen insoweit eine Ausnahme.

ob durch den Angriff auf diese Vermögensbestandteile in unseren Fällen eine Vermögensbeschädigung eingetreten ist.

a) Die juristisch-subjektive Theorie.

Die juristisch-subjektive Theorie, die vor allem von Binding vertreten wurde, versteht unter Vermögen im Sinne der Vermögensdelikte "die Summe der Vermögensrechte und -pflichten einer Person". Nach Binding geht der Betrüger auf Rechtsraub aus: der Betrogene soll sein Recht verlieren, der Betrüger will es erwerben oder wenigstens seiner Pflicht ledig werden¹⁾. Demnach gehören nur Güter, die von der bürgerlichen Rechtsordnung anerkannt sind, subjektive Rechte, zum Vermögen. Wo kein von der bürgerlichen Rechtsordnung anerkanntes Recht besteht, scheidet Betrug aus. Anwartschaften und sonstige Positionen, die sich noch nicht zu einem Recht verdichtet haben, kommen als Vermögensbestandteile nicht in Betracht.

Nach der juristisch-subjektiven Theorie Bindings kann das Vermögen nie im ganzen, sondern stets nur in seinen Bestandteilen angegriffen werden²⁾. Jede Verletzung eines Vermögensrechtes im Gegensatz zu den rechtlich gestatteten Veränderungen im Bestande eines Vermögens bedeutet eine Vermögensbeschädigung, mag auch gleichzeitig an anderer Stelle ein Rechtszuwachs eintreten³⁾. Ein Ausgleich von Vor- und Nachteil ist demnach nicht möglich. Das bedeutet, daß nach der von Binding vertretenen Theorie der Eintritt des Vermögensschadens sich weitgehend nach subjektiven Maßstäben richtet, sodaß es letztlich im Belieben des Verletzten steht, ob ein Vermögensschaden vorliegt oder nicht. Es soll für die Feststellung, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, allein darauf ankommen, ob der andere das erhält, was er zu beanspruchen hat⁴⁾. Jede irrtumsbedingte Verfügung über ein subjektives Recht begründet demnach einen Vermögensschaden i.S. des Betrugs, ohne Rücksicht darauf, ob dem Vermögen des Verletzten gleichzeitig ein

1) Lb., S. 238.

2) a.a.O., S. 238.

3) a.a.O., S. 238. Ähnlich Gallas in Gleispach-Festschrift, S. 56.

4) Lb., S. 240.

Vorteil erwächst. Binding bestimmt das Angriffsobjekt "Vermögen" also allein nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten, stellt dieser engen, rein juristischen Begriffsbestimmung des Vermögens aber eine völlige Subjektivierung und damit Ausweitung des Schadensbegriffs gegenüber.

Ähnlich vertritt H i r s c h b e r g die Auffassung, daß der Begriff des Angriffsobjekts "Vermögen" in erster Linie nach dem Zivilrecht zu bestimmen ist, jedoch könne und dürfe sich das Strafrecht mit einem geringeren Maße "zivilistischer Salonfähigkeit" begnügen, ohne das Erfordernis privatrechtlicher Vorformung aufzugeben¹⁾. Um immaterielle Interessen in den Betrugsschutz einzubeziehen, sei der Schaden - insoweit in Übereinstimmung mit Binding - subjektiv, nach den Interessen des Verletzten zu bestimmen²⁾.

b) Die wirtschaftlich-objektive Theorie.

Der juristisch-subjektiven Theorie B i n d i n g s steht die wirtschaftlich-objektive Theorie gegenüber, die heute als h.M. bezeichnet werden kann. Während nach Binding nur solche Werte zum Vermögen i.S. des § 263 StGB zu rechnen sind, die irgendwie privatrechtlich als Vermögensbestandteile des Verletzten qualifizierbar sind, zählt die wirtschaftlich-objektive Theorie auch solche rein tatsächliche Positionen zum Vermögen, die sich noch nicht zu einem subjektiven Recht des Verletzten verdichtet haben, die aber trotz des Mangels privatrechtlicher Vorformung einen wirtschaftlichen Wert verkörpern. Die wirtschaftlich-objektive Theorie bestimmt also im Gegensatz zur Auffassung Bindings das Angriffsobjekt "Vermögen" allein nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Vermögen ist alles das, was für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person Wert hat: die Summe der geldwerten Güter einer Person, ohne Rücksicht darauf, ob sie von der Privatrechts-

1) S. 323.

2) S. 285 ff., bes. S. 304/305.

ordnung anerkannt sind oder nicht¹⁾. Danach gehören auch der Besitz, Anwartschaften, Kundschaften usw. zum Vermögen i.S. des § 263 StGB.

Dieser Ausweitung des Begriffes des Vermögens als des allein durch den Betrugstatbestand geschützten Angriffsobjekts auf der einen Seite entspricht auf der anderen Seite eine Restriktion des Begriffes des durch den Angriff auf das fremde Vermögen verursachten Schadens. Der Vermögensschaden ist nach der wirtschaftlich-objektiven Theorie, im Gegensatz zu Binding, nicht nach subjektiven Maßstäben des Verletzten, sondern nach wirtschaftlich-objektiven Maßstäben festzustellen. Im Gegensatz zu der Auffassung Bindings ist die Gesamtheit des Vermögens, das Vermögen als formlose Wertmasse, Angriffsobjekt des Betrugs, was bedeutet, daß Werte, die dem Vermögen des Verletzten gleichzeitig zugeflossen sind, bei der Schadensfeststellung berücksichtigt werden müssen. Schaden i.S. des § 263 StGB ist, was nach einem objektiven Maßstab als Schaden bemessen werden kann, jede, durch eine irrumsbedingte Verfügung über wirtschaftliche Positionen verursachte, in Geld abschätzbare Verschlechterung der Gesamtvermögenslage^{2) 3)}. Da die Frage nach dem Vorliegen eines Vermögensschadens nach allgemeinen, objektiv-wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden ist, können immaterielle Interessen des Verletzten keine Berücksichtigung finden.

Jedoch ist nach der heute herrschenden wirtschaftlich-objektiven Theorie der Vermögensschaden nicht rein objektiv,

-
- 1) RG 44, 230; Jagusch LK 249 Vorb.II, 1b; Maurach, S. 286; Mezger Lb.II, S. 177; Niethammer, S. 268; Schönke-Schröder § 263 Anm.VII; Dalcke-Schäfer § 263 Anm.VII; Bruns, Befr., S. 227; RG 48, 186; 50, 279; 51, 209; 63, 191; 66, 337; 73, 270; BGH 1, 264; 2, 364; 3, 102. (Wenn BGH 8, 221 zum juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff gerechnet wird, wie es Lange in ZStW 68, 645 tut, so beruht das auf einem Irrtum, denn die Entscheidung nimmt überhaupt nicht zum Vermögensbegriff Stellung; sondern nur zum Begriff der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils).
- 2) Der objektive Schadensbegriff wurde vom RG zum ersten Male in RG 16, 1 vertreten.
- 3) Schönke-Schröder 263 VII, Maurach, S. 288. u.v.a.

sondern objektiv-individualisierend festzustellen, denn rein objektiver Wertung ist nur das Geld zugänglich. Das bedeutet, daß auch persönliche Verhältnisse, soweit sie allgemeiner Beurteilung zugänglich sind, berücksichtigt werden können¹⁾.

c) Die Lehre Merkels, Gerlands u.a.

Neben der juristisch-subjektiven Theorie Bindings steht die in der älteren Literatur vertretene Auffassung, daß eine juristische Vorformung des Angriffsobjektes "Vermögen" erforderlich sei, um Gegenstand des Betrugs sein zu können - also nur subjektive Rechte zum Vermögen gehören, der Vermögensschaden sich aber - im Gegensatz zu Binding und in Übereinstimmung mit der heute herrschenden wirtschaftlich-objektiven Theorie - nicht nach subjektiven Maßstäben des Verletzten, sondern nach objektiv-individualisierenden Gesichtspunkten bemesse.

Diese Auffassung, die ebenso wie die juristisch-subjektive Theorie Bindings nur zivilrechtlich anerkannte Werte - subjektive Rechte - zum Vermögen rechnet, im Gegensatz zu Binding aber - ebenso wie RG 16, 1 und die heute herrschende wirtschaftlich-objektive Theorie - die Frage, ob durch den Angriff auf das Vermögen eine Vermögensbeschädigung eingetreten ist, nur unter Zugrundelegung eines Vergleiches des Gesamtvermögensstandes vor und nach der irrtumsbedingten Vermögensverfügung entscheidet und demnach Aktivposten, die dem Vermögen des Verletzten gleichzeitig zufließen, zum Ausgleich bringt, wurde vor allem von M e r k e l²⁾ und G e r l a n d³⁾

-
- 1) Maurach, S. 286; Jagusch LK 249 Vorb.III, 2; Mezger, S. 181; Dalcke, 263 A7; Schöнке-Schröder 263 VII; Niethammer, 269; RG 16, 1 ff.
 - 2) Merkel, Krim.Abhdl., S. 101 ff.: "Ein Betrug ist nicht anzunehmen, wo zwar Veränderungen von Vermögenswerten durch die Täuschung herbeigeführt wurden, aber Veränderungen gegen volle Äquivalente". (S. 106).
 - 3) S. 560: "Es ist daran festzuhalten, daß der Begriff des Vermögens ein reiner Rechtsbegriff, nicht aber ein Wirtschaftsbegriff ist". "Schaden im Sinne des § 263 ist jede in Geld abschätzbare Verschlechterung der Vermögenslage des Einzelnen".

vertreten¹⁾. Vermögensschaden ist demnach jede durch eine irrtumsbedingte Verfügung über ein subjektives Recht verursachte, in Geld abschätzbare Verschlechterung der Gesamtvermögenslage.

Während Binding und ähnlich Hirschberg den juristischen Vermögensbegriff mit dem subjektiven Schadensbegriff kombinieren, bedeutet diese Lehre eine Kombination von juristischem Vermögensbegriff und objektiv-individualisierendem Schadensbegriff²⁾.

Sie unterscheidet sich demnach von der Lehre Bindings nur in der Beantwortung der Frage, ob ein gleichzeitig dem Vermögen des Verletzten zugeflossener Wertzuwachs zu berücksichtigen ist, also Vor- und Nachteil zum Ausgleich zu bringen sind, während sie in der Bestimmung dessen, was als Angriffsobjekt des Betrugs in Betracht kommt, mit Binding übereinstimmt.

d) Die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre.

Eine Zwischenstellung hinsichtlich der Bestimmung dessen, was als zum Vermögen im Sinne des Betrugs anzusehen ist,

1) Ebenso Liszt-Schmidt, S. 668; Wachenfeld, S. 403 f.

2) Das wird in der Literatur oft verkannt. Meist werden Gerland und Merkel neben Binding gestellt und als Vertreter der juristisch-subjektiven Theorie angesehen. Binding (S. 238, Note 2) weist selbst darauf hin, daß Merkel von seiner Auffassung abweicht. Auch Hirschberg, a.a.O., S. 5, weist darauf hin, daß Merkel nicht wie Binding einen subjektiven Schadensbegriff vertritt, sondern als der Vorkämpfer des objektiven Schadensbegriffs, wie er durch RG 16, 1 in der Rechtsprechung anerkannt wurde, anzusehen ist. Der subjektive Schadensbegriff ist kein Wesensmerkmal des juristischen Vermögensbegriffes, wie z.B. Maurach (BT, Seite 284) meint, denn der Vermögensbegriff bestimmt nur, was als Angriffsobjekt des Betrugs in Betracht kommt, während er über das Vorhandensein eines Schadens als der Folge eines Angriffs auf das Vermögen als Angriffsobjekt nichts aussagt.

nimmt die neuerlich an Raum gewinnende sog. juristisch-ökonomische Vermittlungslehre ein. Nach dieser Lehre ist unter Vermögen die "Summe der jemandem unter dem Schutz der Rechtsordnung zu Gebote stehenden wirtschaftlichen Werte" zu verstehen¹⁾. Danach ist Vermögen ein wirtschaftlicher, wenn auch auf die Rechtsordnung bezogener Begriff²⁾. Nicht nur Rechte, sondern auch rechtlich geschützte wirtschaftliche Positionen, wie Anwartschaften, Kundschaften, der Besitz, auch der widerrechtliche, soweit er bürgerlich-rechtlich geschützt ist³⁾, gehören zum Vermögen. Der Vermögensbegriff ist demnach vornehmlich wirtschaftlicher Natur, aber rechtlich begrenzt.

Der Vermögensschaden ist nach dieser Lehre ebenso wie bei der wirtschaftlich-objektiven Theorie nach objektiv-individualisierenden Gesichtspunkten festzustellen. Vermögensschaden ist demnach die Verringerung des objektiven Gesamtwertes der jemandem unter dem Schutz der Rechtsordnung zu Gebote stehenden wirtschaftlichen Güter, den diese für den individuell Geschädigten haben⁴⁾.

e) Die personale Theorie.

Letztlich haben wir noch eine Auffassung darzustellen, die bisher nur wenig Anhänger gefunden hat, trotzdem aber nicht als unbedeutend bezeichnet werden kann, da sie in der neueren Literatur Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen ist und infolge ihrer praktischen Konsequenzen auch ein gewisses Interesse verdient. Es ist die besonders von Bockelmann⁵⁾ vertretene personale Theorie, die versucht, den Ver-

1) Welzel, S. 315; Sauer, S. 85; Nagler LK 249 Vorb.II, 1; RG 66, 285. Ebenfalls auf dem Boden der jur.-ökonom. Vermittlungslehre stehend: Kohlrausch-Lange 263 V l. Dieser setzt jedoch seinen sog. "materialen" Vermögensbegriff gegen Welzel und Nagler ab und definiert: Vermögen ist nicht nur, was jemandem unter dem Schutz, sondern auch, was ihm ohne Missbilligung durch die Rechtsordnung zu Gebote steht oder zukommt.

2) Welzel, S. 315.

3) a.A. Nagler LK 249 Vorb.II, 4 (6. u. 7.Aufl.) und Sauer, S. 85.

4) Welzel, S. 315/316.

5) Ebenso Hardwig GA 1956, 6 ff.

mögens- und Schadensbegriff so zu bestimmen, daß er die individualisierende Behandlung der verschiedenen Sachverhaltsbildungen gestattet. In ihrem Bestreben, eine nähere Anpassung an die Besonderheiten der jeweiligen Sachlage zu erreichen, geht sie so weit, daß sie ein Bedürfnis für differenzierende Entscheidungen unter Umständen selbst bei in sachlicher Beziehung übereinstimmenden Verhältnissen anerkennt¹⁾. Damit ist bereits das Charakteristische der personalen Vermögenstheorie umrissen, die in grundsätzlicher Abwendung von den traditionellen Auffassungen nicht vom Vermögensobjekt ausgeht, sondern den Vermögensträger in den Mittelpunkt der Betrachtung stellt. Aus der Verschiedenartigkeit der persönlichen Beziehungen des jeweiligen Vermögensträgers zu den objektiven Werten versucht sie eine verschiedene Beurteilung von Fällen zu rechtfertigen, die vom Vermögensobjekt her gesehen gleichgelagert sind. Um das Ziel einer derartigen individualisierenden Betrachtungsweise zu erreichen, die den Vermögensträger und seine Beziehung zum Vermögensobjekt in den Vordergrund schiebt, bestimmt Bockelmann "den Umfang des Vermögens sowie Dasein und Ausmaß des Vermögensschadens nach dem berechtigten wirtschaftlichen Bedürfnis, dem aner kennenswerten persönlichen Interesse des Vermögensträgers"²⁾.

Wegen der weitgehenden Berücksichtigung des persönlichen Einschlags vor allem bei der Berechnung des Vermögensschadens nimmt die personale Theorie für sich in Anspruch, in jenen Fällen zu einer gerechten Lösung zu gelangen, in denen z.B. ein Amt, eine Anstellung oder ein Arbeitsplatz erschlichen, oder eine unterschlagene Sache an einen gutgläubigen Erwerber veräußert wird. Das sind Fälle, in denen bei rein objektiver Betrachtungsweise bei der Schadensfeststellung eine Vermögensbeschädigung verneint werden muss, in denen aber nach der Auffassung Bockelmanns nur eine differenzierende Beurteilung, die am persönlichen Interesse des Vermögenssubjekts ausgerichtet ist, zu befriedigenden Ergebnissen

1) Bockelmann in Strafrechtl. Untersuchungen S. 237.

2) Bockelmann a.a.O. S. 238.

führe¹⁾. Nicht zuletzt sind es aber auch die Fälle des Betrugs beim unsittlichen oder verbotenen Rechtsgeschäft, deren sich die personale Theorie angenommen hat, und an denen sie sich nach der Auffassung Bockelmanns wegen der Möglichkeit verschiedener Beurteilung objektiv gleichgelagerter Fälle besonders bewähre²⁾.

f) Wie wirken sich die verschiedenen Auffassungen auf unsere Betrugsfälle aus?

Die praktischen Ergebnisse bei der Beurteilung der einschlägigen Fälle des Betrugs sind - worauf schon hingewiesen wurde - teils verschieden, je nachdem welcher der oben angeführten Auffassungen man bei der Feststellung, ob in unseren Beispielsfällen eine Vermögensbeschädigung vorliegt, den Vorzug gibt.

a a) Wir haben bereits erwähnt, daß unter Zugrundelegung der individualisierenden Lehre Bockelmanns es möglich ist, sogar innerhalb einzelner Fallgruppen zu differenzieren, da bei Beantwortung der Frage nach der Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Vermögen i.S. des § 263 StGB und der Feststellung, ob durch den Angriff auf das Vermögen ein Vermögensschaden entstanden ist, von "dem berechtigten wirtschaftlichen Bedürfnis, dem aner kennenswerten persönlichen Interesse des Vermögensträgers" auszugehen ist. Infolge der Verwendung dieser objektiv unbestimmten Begriffe ist eine eindeutige Beantwortung der Frage nach dem Eintritt eines Vermögensschadens nicht möglich, so daß sich Raum für eine unterschiedliche, letztlich allein auf subjektiven Werturteilen beruhende Beurteilung ergibt. Wenn Bockelmann gerade hierin den entscheidenden Vorzug seiner Auffassung sieht, so liegen die Bedenken, die sich aus der Möglichkeit differenzierter Entscheidung sachlich gleichgelagerter Fälle ergeben, auf der Hand. Sie sind an späterer Stelle eingehend zu erörtern. Hier sei nur auf einige Beispiele verwiesen,

1) Bockelmann a.a.O. S. 238 ff.

2) Bockelmann a.a.O. S. 238 ff.

wie Bockelmann praktische Folgerungen aus seiner Auffassung in bezug auf unsere Betrugsfälle zieht.

Beispielsweise gelangt Bockelmann bei Beurteilung der in der ersten Gruppe zusammengefaßten Fälle vom Standpunkt seiner Theorie zu dem Ergebnis, daß der Verkäufer untauglicher Abortivmittel strafbar ist, während beim sog. Spritzen auf dem Schwarzen Markt der Täter straflos ausgehen soll, da es an einer Vermögensbeschädigung mangels eines anerkennenswerten persönlichen Interesses fehle¹⁾. Dagegen führen alle übrigen Theorien zu einem einheitlichen Ergebnis bei der Entscheidung der Frage nach dem Vorliegen eines Vermögensschadens bei den in der ersten Gruppe zusammengefaßten Fällen, sodaß der Streit zwischen den übrigen Theorien für die Lösung dieser Fälle nicht wesentlich ist.

b b) Nach der juristisch-subjektiven Theorie Bindings und der von Gerland und Merkel vertretenen Auffassung können gestohlene, unterschlagene, durch Betrug oder sonstwie strafbar erlangte Sachwerte nicht Gegenstand des Betrugs sein, da nach diesen Auffassungen nur zivilrechtlich geschützte Werte zum Vermögen i.S. des § 263 StGB gehören, der Entzug vitiös erlangter Werte mithin keinen Vermögensschaden begründet, da der Getäuschte nicht über ein subjektives Recht verfügt. Die in der zweiten Gruppe zusammengefaßten Fälle stellen nach diesen Auffassungen mangels eines Vermögensschadens demnach keinen Betrug dar. Demgegenüber ist nach der wirtschaftlich-objektiven Theorie und nach der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre²⁾ in den Beispielsfällen zur zweiten Gruppe beim Entzug vitiös erlangter Sachwerte der Eintritt eines Vermögensschadens zu bejahen³⁾.

c c) Die Erbringung unsittlicher oder verbotener Dienstleistungen kann - wenn überhaupt - nur nach der wirtschaftlich-objektiven Theorie einen vermögenswerten Aufwand darstellen und damit einen Vermögensschaden begründen, da nur bei rein wirtschaftlich-tatsächlicher Betrachtungsweise unsittliche oder verbotene Dienste eine vermögenswerte Leistung darstellen können.

1) JZ 52, 464 = "Strafrechtl. Untersuchungen", S. 238/239.

2) a.A. Nagler und Sauer, a.a.O. als Vertreter der jur.-ökonom. Vermittlungslehre.

3) Vgl. unseren Überblick über Rechtsprechung u. Literatur.

d d) Ebenso können Forderungen aus unsittlichen oder verbotenen Geschäften wegen ihrer bürgerlich-rechtlichen Nichtigkeit allenfalls nach der wirtschaftlich-objektiven Theorie zum Vermögen gehören, da nur diese bei der Bestimmung des Vermögensbegriffes vom Erfordernis jeglicher zivilrechtlichen Qualifikation absieht und die Zugehörigkeit der Angriffsobjekte zum Vermögen i.S. des § 263 StGB nur nach wirtschaftlich-tatsächlichen Gesichtspunkten bestimmt. Mithin kann ihre Entziehung auch nur nach dieser Theorie einen Vermögensschaden begründen.

e e) Genauso ist es bei der Frage, ob die Belastung des Vermögens mit einer nichtigen Verbindlichkeit einen Vermögensschaden darstellt. Da ein rechtlicher Zwang zur Erfüllung nicht besteht, kann nur - wenn überhaupt - bei rein wirtschaftlicher Betrachtungsweise von einer Vermögensschädigung in Form einer Vermögensgefährdung die Rede sein.

f f) Bei den in der letzten Gruppe zusammengefaßten Fällen des Selbsthilfebetrugs, in denen es sich um die Durchsetzung wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtiger Forderungen durch Täuschung des Schuldners handelt, ist der Eintritt eines Vermögensschadens nach allen oben dargelegten Auffassungen zu bejahen¹⁾.

g) Kritik der verschiedenen Auffassungen und die eigene Ansicht.

Im Folgenden sollen die oben dargelegten Theorien zum Vermögens- und Schadensbegriff einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Gleichzeitig soll der Versuch unternommen werden, einen für die Praxis brauchbaren Vermögens- und Schadens-

1) Beim Selbsthilfebetrug hinsichtlich rechtlich begründeter Forderungen und unvollkommener Verbindlichkeiten wird allerdings unter Zugrundelegung eines wirtschaftlich-objektiven Schadensmaßstabes zum Teil die Ansicht vertreten, es fehle an einer Vermögensschädigung, da der Verletzte durch die Erfüllung einer rechtsbeständigen und auch durch die Erfüllung einer unvollkommenen Verbindlichkeit von einer Schuld befreit werde, mithin der beim Verletzten eingetretene Nachteil durch einen gleichzeitig erlangten Vorteil kompensiert werde (Welzel, NJW 53, 653; Bockelmann in Mezger-Festschrift S. 367 ff.).

begriff herauszustellen, um von der dadurch gewonnenen Grundlage aus die Frage nach dem Vorliegen einer Vermögensbeschädigung in den einzelnen hier in Rede stehenden Fällen zu beantworten.

a a) Der Vermögensbegriff Bindings ist gegenüber den Anforderungen des geschäftlichen Verkehrs zu eng, da er nur von der Privatrechtsordnung anerkannte Werte - subjektive Rechte - zum Vermögen rechnet und wirtschaftliche Positionen wie den Besitz¹⁾, die Kundschaft eines Gewerbetreibenden, wirtschaftlich sichere Anwartschaften, die sich noch nicht zu einem Recht verdichtet haben, als Vermögensbestandteile ausscheidet. Der Verkehrswert solcher wirtschaftlicher Positionen ist im modernen Geschäftsleben jedoch nicht mehr zu bestreiten.

Der engen Auslegung des Vermögensbegriffes steht bei Binding eine uferlose Ausweitung des Schadensbegriffs gegenüber. Denn die Entstehung eines Vermögensschadens hängt weitgehend vom subjektiven Belieben des Getäuschten ab, was bedeutet, daß letztlich jede irrtumsbedingte Verfügung ohne Rücksicht auf einen evtl. gleichzeitigen wirtschaftlichen Ausgleich einen Vermögensschaden darstellt. Damit wird der Betrug aber seines Charakters als Vermögensdelikt entkleidet. Es soll verhindert werden, daß jemand irrtumsbedingte Dispositionen über Vermögenswerte trifft, womit in Wirklichkeit die Dispositionsfreiheit und nicht das Vermögen geschützt wird, was, anders ausgedrückt, eine Verlagerung des Schwerpunkts vom Vermögen auf das Vertrauen bedeutet²⁾.

Wegen der engen Begriffsbestimmung des Vermögens läßt die juristisch-subjektive Theorie Bindings auf der einen Seite strafwürdige Fälle straflos, auf der anderen Seite führt der weite Schadensbegriff zur Pönalisierung strafunwürdiger Sachverhalte.

b b) Da auch die von Merkel und Gerland u.a. vertretene Auffassung bei der Begriffsbestimmung des Vermögens am Erfordernis der rechtlichen Vorformung festhält und nur subjektive

1) Nach h.L. im Zivilrecht gilt dagegen der Besitz als subjektives Recht (RGZ 91, 65; vgl. weiter Lehrb. u. Kommentare zu § 823 BGB).
2) Maurach, S. 285.

Rechte zum Vermögen rechnet, vermag auch sie nicht den Anforderungen des modernen Geschäftsverkehrs zu genügen, wenn auch der von dieser Auffassung vertretene Schadensbegriff nicht den gegen die Theorie Bindings in Bezug auf die Schadensfeststellung erhobenen Einwänden ausgesetzt ist, da sie eine gleichzeitig erlangte Gegenleistung berücksichtigt, und damit bei der Schadensfeststellung nicht von subjektiven Gesichtspunkten ausgeht. Eine Auffassung, die bei der Bestimmung dessen, was zum Vermögen i.S. der Vermögensdelikte zu rechnen ist, nur darauf abstellt, ob es sich um rechtlich begründete Positionen - subjektive Rechte - handelt, kann heute nicht mehr ernsthaft vertreten werden.

c c) Auch die Lehre Hirschbergs, die den Vermögensbegriff etwas weiter faßt und nicht nur subjektive Rechte zum Vermögen rechnet, da das Strafrecht sich mit einem "geringeren Maße zivilistischer Salonfähigkeit" begnügen könne und dürfe, vermag nicht zu befriedigenden Ergebnissen zu führen, da auch sie das Angriffsobjekt "Vermögen" noch zu eng faßt, abgesehen davon, daß die Lehre Hirschbergs wegen der Subjektivierung des Schadensbegriffes insofern den gleichen Bedenken ausgesetzt ist wie die Lehre Bindings.

d d) Der dem juristischen Vermögensbegriff, wie er vor allem von Binding, Merkel und Gerland vertreten wurde, gegenüberstehende, heute von der h.L. vertretene wirtschaftliche Vermögensbegriff versteht unter Vermögen den Inbegriff der Güter, die für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person Wert haben. Damit entgeht der wirtschaftliche Vermögensbegriff der Enge der juristischen Vermögensauffassung, da er in der Lage ist, alle faktisch-wirtschaftlichen Positionen zum Vermögen zu zählen. Er vermag deshalb den Anforderungen des heutigen Geschäftsverkehrs eher gerecht zu werden. Es darf aber auch nicht der Einwand übersehen werden, daß der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff führe bei der Abwägung schwer einschätzbarer Komponenten zu höchst unsicheren Ergebnissen¹⁾ und bedeute in seiner letzten Konsequenz eine ebensolche Ver-

1) Nagler LK 249 Vorb.II,1.

flüchtigung des Betrugstatbestandes wie die völlige Subjektivierung des Schadensbegriffs nach der „Bindingschen Auffassung“¹⁾. Da er den Strafbereich zu weit ausdehne, werde dem Erfordernis objektiver Rechtssicherheit keineswegs genügt²⁾. Tatsache ist, daß nach der rein wirtschaftlichen Vermögenstheorie der Rahmen des Angriffsobjekts beim Betrugstatbestand außerordentlich weit gespannt ist; andererseits ist aber zu berücksichtigen, daß bei der Feststellung dessen, was zum Vermögen gehört, stets nur objektiv-wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgebend sind und subjektive Bewertungen bei der Frage nach der Zugehörigkeit zum Vermögen ausscheiden. Es steht also nicht im Belieben des Vermögensträgers, ob ein Gegenstand im Sinne der Vermögensdelikte als Vermögensbestandteil anzusehen ist, sondern allein maßgeblich ist ein allgemeinverbindlicher, nur objektiv-wirtschaftlich ausgerichteter Maßstab. Deshalb kann von einer Verflüchtigung des Betrugstatbestands durch den wirtschaftlichen Vermögensbegriff keine Rede sein.

Da es nach der wirtschaftlich-objektiven Theorie bei der Frage nach dem Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung entscheidend auf die objektive Verminderung des wirtschaftlichen Gesamtwertes ankommt, fehlt es an einer Vermögensbeschädigung, wenn das Vermögen des Getäuschten einen gleichwertigen Zuwachs erfährt. Das ist ein entscheidender Vorteil gegenüber dem subjektiven Schadensbegriff Bindings, denn die wirtschaftlich-objektive Theorie vermeidet dadurch eine Verlagerung des Schwerpunkts des Betrugstatbestands vom Vermögen auf die Dispositionsfreiheit.

Jedoch allein objektiver Bewertung zugänglich ist nur das Geld, während alle übrigen Gegenstände ihrem Werte nach nicht ausschließlich vom objektiven Standpunkt beurteilt werden können³⁾. Oft läßt sich der Wert einer Sache nur mit Rücksicht auf die Zwecke und persönlichen Verhältnisse des Vermögensträgers bestimmen⁴⁾.

1) Ähnlich Maurach, S. 286.

2) Nagler LK 249 Vorb. II, 1.

3) Hirschberg, S. 15.

4) Hirschberg ebenda.

Wenn deshalb die heute herrschende wirtschaftlich-objektive Theorie bei der Schadensfeststellung neben objektiven Gesichtspunkten auch noch die individuellen Verhältnisse des Verletzten berücksichtigt, so bedeutet dies nicht, daß in Wirklichkeit auch die wirtschaftlich-objektive Theorie den Boden objektiver Schadensfeststellung verlassen hat und sich einer Subjektivierung des Schadensbegriffes zuwendet. Denn die objektiv-individualisierende Schadensfeststellung bedeutet nicht, daß die Ermittlung des Vermögensschadens ausschließlich nach Willen und Vorstellungsbild des Getäuschten erfolgt¹⁾, vielmehr dürfen nur solche individuellen Verhältnisse Berücksichtigung finden, die noch allgemeiner, wirtschaftlich-objektiver Beurteilung zugänglich sind. Die Verletzung eines immateriellen Interesses wie das Affektionsinteresse kann daher niemals einen Vermögensschaden begründen, da immateriellen Werten im Wirtschaftsleben kein in Geld zu veranschlagender Wert beizumessen ist.

Damit entgeht die wirtschaftlich-objektive Theorie der völligen Subjektivierung des Schadensbegriffs und ist nicht den insofern gegen die Auffassung Bindings erhobenen Einwänden ausgesetzt.

Die Anlegung eines in erster Linie objektiven Maßstabes bei der Feststellung des Vermögensschadens sichert eine Begrenzung der Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes auf strafwürdiges Verhalten. Der weitgespannte Rahmen des Angriffsbekleidetes "Vermögen" sichert andererseits aber auch eine Erfassung aller strafwürdigen Fälle, ohne zu einer Verflüchtigung des Betrugstatbestandes zu führen.

e e) Aus dem Bestreben, den Vermögensbegriff nach rechtlichen Gesichtspunkten zu begrenzen, gleichzeitig für die Bestimmung des Vermögens aber an der wirtschaftlichen Betrachtungsweise festzuhalten, ist die sogenannte juristisch-ökonomische Vermittlungslehre Naglers und Welzels entstanden.

1) Maurach, S. 287; Mezger, S. 181.

Auf den ersten Blick scheint diese Lehre, die unter Vermögen einen wirtschaftlichen, wenn auch auf die Rechtsordnung bezogenen Begriff versteht, die Ideallösung zu enthalten, da sie einerseits die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu Grunde legt, andererseits aber den weitgespannten Vermögensbegriff der rein wirtschaftlichen Theorie rechtlich einengt und dadurch dem Einwand einer uferlosen Ausdehnung des Vermögensbegriffs entgeht. Obwohl diese vermittelnde Lehre weit eher praktikabel ist als der rein juristische Vermögensbegriff, vermag sie nicht zu einer zufriedenstellenden Beurteilung aller Fälle zu führen. So ist die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre nicht in der Lage, nichtige, aber faktisch realisierbare Forderungen, mit denen wir es in vorliegender Untersuchung u.a. zu tun haben, zum Vermögen zu rechnen, da sie nicht unter dem Schutze der Zivilrechtsordnung stehen; daß andererseits aber nichtige Forderungen erfüllbar sind und auch oft genug erfüllt werden, beweist, daß sie im Wirtschaftsleben unter Umständen eine - wenn auch keine rechtliche - Position von wirtschaftlichem Wert darstellen. Der Versuch, mit der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre eine für alle Betrugsfälle praktikable und zufriedenstellende Lösung zu finden, dürfte damit in Wahrheit gescheitert sein, da die zunächst als Vorteil anmutende rechtliche Begrenzung des wirtschaftlichen Vermögens sich in Wirklichkeit als ein Hemmnis für eine zufriedenstellende Lösung verschiedener Fälle strafwürdigen Verhaltens darstellt¹⁾.

f f) Die Lehre Bockelmanns, die den Umfang des Vermögens und Dasein und Ausmaß des Vermögensschadens "nach dem berechtigten wirtschaftlichen Bedürfnis, dem aner kennenswerten persönlichen Interesse des Vermögensträgers" bemißt, ist Einwendungen aus § 2 StGB ausgesetzt²⁾. Das Gebot der Rechtssicherheit verbietet die Auslegung strafrechtlicher Begriffe allein nach dem persönlichen Interesse des Vermögensträgers, da dadurch auf einen allgemeinverbindlichen Maßstab verzichtet und einer bedenklichen Rechtsunsicherheit die Bahn geebnet wird; denn

1) Nagler bestreitet sogar die Zugehörigkeit vitiös erlangter Sachwerte zum Vermögen. LK 249 Vorb.II, 4 (6.u.7.Aufl.).

2) Jagusch, LK 249 Vorb.II, 1b; Kohlr.-Lange 263 AVI.

das "persönliche Interesse" ist ein zu verschwommener Begriff, als daß es klare Verhältnisse schaffen und eine zufriedenstellende Antwort auf die Frage nach dem Umfang des Vermögens sowie Dasein und Ausmaß des Vermögensschadens geben könnte. Die Lehre Bockelmanns ist gewolltermaßen vom Ergebnis her bestimmt¹⁾ und führt zu unterschiedlicher Beurteilung gleichgelagerter Fälle, worin die Gefahr einer bedenklichen Rechtsunsicherheit offenbar wird. Im Bestreben nach einem möglichst hohen Maß an Rechtssicherheit ist eine klare Begrenzung der Tatbestände zu fordern, weshalb Wertmaßstäbe, die nicht allgemein bestimmbar sind, abgelehnt werden müssen. In ihrer letzten Konsequenz bedeutet die Lehre vom personalen Vermögens- und Schadensbegriff eine Akzentverlagerung vom Vermögen als geschütztem Rechtsgut auf das "persönliche Interesse", dessen Verletzung bestraft wird.

Die Kritik der einzelnen Theorien zum Vermögens- und Schadensbegriff zeigt, daß die wirtschaftlich-objektive Betrachtungsweise am wenigsten stichhaltigen Einwendungen ausgesetzt ist. Während die Auffassungen, denen der rein juristische Vermögensbegriff zugrunde liegt, gegenüber den Anforderungen des modernen wirtschaftlichen Verkehrs zu eng sind, und auch die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre den Begriff des Vermögens noch zu eng faßt wegen der Bezugnahme auf den Schutz der Privatrechtsordnung, und die Bockelmannsche Lehre Bedenken aus § 2 StGB ausgesetzt ist, vermag der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff am ehesten den Anforderungen des Lebens gerecht zu werden, da er völlig frei von der Fessel des Erfordernisses irgendwelcher privatrechtlicher Qualifikation ist und damit einen weiten Bogen um das Angriffsobjekt "Vermögen" spannt, trotzdem aber die Anwendbarkeit des Betrugs-tatbestandes hinreichend sicher begrenzt, da die Frage nach der Zugehörigkeit zum Vermögen im Einzelfall stets nach objektiven Gesichtspunkten zu entscheiden ist.

Die bisherigen Ausführungen lassen erkennen, daß der Gegensatz zwischen juristischem und wirtschaftlichem Vermö-

1) Jagusch LK, a.a.O.

gensbegriff das Elementarproblem der Beziehungen zwischen Zivil- und Strafrecht berührt. Der wirtschaftliche Vermögensbegriff setzt "die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken" voraus, während der juristische Vermögensbegriff die Folge der Auffassung einer strengen Akzessorietät des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht ist. Nach Binding lebt das Strafrecht in vollständiger Abhängigkeit vom bürgerlichen Recht¹⁾. Soweit das bürgerliche Recht Privatrechte geregelt habe, die das Strafrecht vor Verletzung oder Gefährdung schützen wolle, seien seine Bestimmungen auch für den Strafrichter unbedingt maßgebend²⁾.

Die Auffassung von der Akzessorietät des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht beruht demnach auf der positivistischen Vorstellung von der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe im Straf- und Zivilrecht³⁾. Sie kann heute im großen und ganzen als überwunden angesehen werden, da Rechtsprechung und Literatur immer mehr dazu neigen, gleichlautende Begriffe in Zivil- und Strafrecht verschieden auszulegen⁴⁾ und sich so eine spezifisch strafrechtliche Begriffsbildung herauskristallisiert hat. Rechtsprechung und Literatur sind mit Recht bestrebt, die strafrechtlichen Begriffe so auszulegen und zu gestalten, daß sie den strafrechtlich erheblichen Sachverhalt sinnvoll erfassen. Nur dadurch ist dem besonderen Sinn und Zweck des Strafrechts gerecht zu werden. Es wäre verfehlt, aus der Gleichheit des Ausdrucks auf die Identität der Begriffe in mehreren Rechtsgebieten schließen zu wollen⁵⁾.

So haben z.B. die familienrechtlichen Begriffe "Verlöb-nis", "Verwandtschaft", "Schwägerschaft", "Pfleger", "unehelich" usw. im Strafrecht eine andere Bedeutung als im Zivilrecht, und auch die vorwiegend tatsächlichen Begriffe wie "Besitz",

1) Binding, Lb., S. 240.

2) Trotz der Auffassung von der grundsätzlichen Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht ist aber auch Binding der Ansicht, daß es bei vielen Vermögensverbrechen gelte, auch für sie der Eigenartigkeit strafrechtlicher Betrachtungsweise sich bewußt zu werden und ihre Selbständigkeit zu betonen (Lb., S. 241).

3) Bruns, Befr. S. 13.

4) BGH 2, 365.

5) Bruns, Befr. S. 29.

"Sache", "beweglich" sind im Strafrecht nicht die gleichen wie im Zivilrecht. Auch im öffentlichen Recht und hier besonders im Steuerrecht gelten von den übrigen Rechtsgebieten verschiedene Begriffe¹⁾.

Wenn die Begriffe des Eigentums und der Fremdheit im Strafrecht und Zivilrecht gleiche Auslegung erfahren, so bedeutet das nicht, daß bezüglich dieser Begriffe eine Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht besteht, sondern die gleiche Auslegung der Begriffe "Eigentum" und "Fremd" beruht darauf, daß das Strafrecht hier die bürgerlich-rechtliche Begriffsbildung übernommen hat, weil sie dem Sinn und Zweck des Strafrechts gerecht wird, ohne mit der Übernahme dieser bürgerlich-rechtlichen Begriffe seine begriffliche Selbständigkeit in Frage zu stellen.

Das Strafrecht ist nicht bloß ein der Privatrechtsordnung akzessorisches Schutzrecht, sondern hat in erster Linie der Aufrechterhaltung der Gemeinschaftsordnung zu dienen und muß deshalb in der Lage sein, überall da einzugreifen, wo dem friedlichen Zusammenleben innerhalb dieser Gemeinschaftsordnung Gefahr droht. Der Strafrichter darf deshalb nicht an zivilrechtliche Gedankengänge gebunden sein, wo deren Einhaltung die Erreichung des öffentlichen Zweckes verhindern würde²⁾.

Es gilt demnach der Grundsatz der Selbständigkeit des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht. Die Begriffe des Strafrechts sind vorwiegend dem Strafgesetzbuch selbst zu entnehmen³⁾ und nicht von der bürgerlich-rechtlichen Betrachtungsweise her zu bestimmen. Daraus folgt, daß die Bestimmung des Vermögensbegriffes im Strafrecht nach spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkten zu erfolgen hat, denn die begriffliche Emanzipation des Strafrechts muß gerade für die Interpretation der Tatbestandsmerkmale der Vermögensdelikte gelten. Nicht, was das Privatrecht als Vermögensbestandteil anerkennt, sondern was ein spezifisch strafrechtlicher Vermögensbegriff als

1) Bruns, Befr. S. 13 ff, 123 ff.

2) Bruns, Befr. S. 60.

3) Bruns, Befr. S. 28.

zum Vermögen gehörend ansieht, ist Vermögensbestandteil im Sinne des Vermögensstrafrechts.

Um zu lebensgemäßen befriedigenden Ergebnissen im Vermögensstrafrecht zu gelangen, ist der Vermögensbegriff rein wirtschaftlich zu bestimmen. Es ist daher mit der h.L. daran festzuhalten, daß der Vermögensbegriff im Sinne des Strafrechts nicht an die vom Privatrecht gezogenen Grenzen gebunden ist.

Vermögen ist demnach die Summe der geldwerten Güter einer Person. Darunter fällt alles, was für die wirtschaftlichen Belange einer Person Wert hat. Unter Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB ist also entsprechend der wirtschaftlich-objektiven Theorie jede auf einer irrtumsbedingten Verfügung über wirtschaftliche Positionen beruhende Minderung des Gesamtvermögens nach einem objektiv-individualisierenden Maßstab zu verstehen. Nur unter Zugrundelegung eines solchen in erster Linie objektiven Schadensmaßstabes, der eine gleichzeitig erlangte Gegenleistung berücksichtigt, kann eine Verlagerung des Schwerpunkts des Betrugstatbestands vom Vermögen auf die Dispositionsfreiheit vermieden werden. Deshalb muss die Feststellung einer Vermögensbeschädigung in erster Linie ein Saldoproblem sein, d.h. der Gesamtbestand der wirtschaftlichen Positionen vor der irrtumsbedingten Verfügung ist mit dem Gesamtbestand der wirtschaftlichen Positionen nach der irrtumsbedingten Verfügung zu vergleichen und eine Vermögensbeschädigung nur dann anzunehmen, wenn dieser Vergleich für den Verletzten unter Berücksichtigung seiner individuellen Verhältnisse eine nachteilige Differenz ergibt.

Diese Feststellungen stellen das Fundament dar, auf dem die Untersuchung der Tatbestandsmäßigkeit der einzelnen Fallgruppen in den folgenden Ausführungen versucht werden soll.

1. Fallgruppe:

Ist das Abschwindeln rechtmäßig erworbener Sachwerte durch die Vorspiegelung, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu erbringen, Betrug?

a) Der Eintritt des Vermögensschadens.

Da zum Tatbestand des Betrugs das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung gehört, stellt sich zunächst die Frage, ob derjenige, der in der Erwartung, z.B. ein Abtreibungsmittel oder Falschgeld zu erhalten oder in der Erwartung, daß der andere verbrecherische oder unsittliche Dienste leistet, Geld oder geldwerte Güter vorleistet, an seinem Vermögen geschädigt ist, wenn das versprochene Abtreibungsmittel, das Falschgeld usw. nicht geliefert oder die versprochene Dienstleistung nicht erbracht wird.

Wir haben früher dargelegt, daß in der älteren Literatur von namhaften Autoren wie Merkel und Binding und in früheren Entscheidungen des RG das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung in den vorliegenden Betrugsfällen u.a. mit der Begründung verneint wurde, nicht die vom Getäuschten dem Vertrage gemäß bewirkte Vorleistung, sondern das Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung komme als der schadenbegründende Vorgang in Betracht, während die heute h.M. nur in der dem Vertrage gemäß erbrachten Vorleistung des Getäuschten die Vermögensbeschädigung erblickt. Die Beantwortung der Frage, ob in den in der ersten Gruppe zusammengefaßten Fällen eine Vermögensbeschädigung eingetreten ist, hängt deshalb zunächst ab von der richtigen Stellung und Beantwortung der Vorfrage, ob das Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung, auf die kein rechtlich begründeter Anspruch besteht, oder die Hingabe der Leistung des Getäuschten der für die Feststellung einer Vermögensbeschädigung i.S. des § 263 StGB letztlich maßgebende Vorgang ist. Diese Frage ist mit der heute h.L. eindeutig im letzteren Sinne zu beantworten. Es ist davon auszugehen, daß in den Fällen der vorliegenden Art, in denen durch die Vorspiegelung, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu erbringen, rechtmäßig erworbene Sachwerte abgeschwindelt wer-

den, der etwaige Schaden des Getäuschten nicht in dem Ausbleiben der nicht zu beanspruchenden Gegenleistung liegen, sondern immer nur durch die dem Vertrage gemäß bewirkte Vorleistung des Getäuschten eintreten kann¹⁾. Die Ansicht, daß das Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung keinen Schaden darstellt, weil ein materieller Anspruch auf sie nicht besteht, geht am Kern der Sache vorbei²⁾. Zutreffend führt RG 44, 230 aus, daß es zum Tatbestand des Betrugs gehört, daß der Schaden, auf den es der Täter abgesehen hat, durch eine eigene Verfügung des Getäuschten über zu seinem Vermögen gehörende Güter herbeigeführt wird. Das Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung kann aber niemals auf einer eigenen Verfügung des Getäuschten beruhen, sondern stets nur auf einem Willensentschluß des Täuschenden. Der Wille des Täuschenden, nicht zu leisten, ist kausal für das Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung, nicht aber eine vom Getäuschten getroffene Vermögensverfügung. Deshalb würde es einen Verzicht auf das Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen der vom Getäuschten getroffenen Vermögensverfügung und dem Eintritt des Vermögensschadens bedeuten, wollte man in dem Ausbleiben der Gegenleistung den für den Eintritt der Vermögensbeschädigung maßgeblichen Vorgang sehen. Mithin kann die Vermögensbeschädigung in unseren Fällen in gar nichts anderem bestehen als in der dem Vertrage gemäß bewirkten Vorleistung des Getäuschten³⁾. Wer vorleistet, um eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu erlangen, die der andere zwar versprochen hat, aber gar nicht erbringen will oder kann, trifft durch diese Vorleistung eine sein Vermögen schädigende Verfügung, da er nicht gleichzeitig ein die eigene Aufwendung wettmachendes Äquivalent erhält.

-
- 1) RG 44, 230; Engelhard Diss. u. ZStW 33, 133; Schumann Diss. 42 ff u. ZStW 34, 183; Fischer, S. 10; Schönke-Schröder, 263 VII, 3; Maurach, S. 291; Liszt-Schmidt, S. 669, Note 5; Welzel, S. 318.
2) Fischer, S. 10.
3) Engelhard, ZStW 33, 134.

Es kommt in diesem Zusammenhang überhaupt nicht darauf an, ob es sich um ein verbotenes oder sittenwidriges oder um ein legales Geschäft handelt, denn die Leistung des Getäuschten ist niemals durch die Art des Geschäfts veranlaßt¹⁾. Die Nichtigkeit ist nur der Grund, weshalb der Getäuschte die Gegenleistung nicht rechtlich beanspruchen kann, nicht aber der Grund für die dem Vertrage gemäß erbrachte Vorleistung.

Das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung infolge der durch die dem Vertrage gemäß bewirkten Vorleistung des Getäuschten ohne gleichzeitige Erlangung eines die Aufwendung des Getäuschten wettmachenden Äquivalents kann nun hier - dies im Gegensatz zu den folgenden Fallgruppen - nicht allein mit der wirtschaftlich-objektiven Theorie begründet werden, wie es RG 44, 230 versuchte, denn bei der Feststellung, ob in den Fällen der ersten Gruppe ein Vermögensschaden vorhanden ist, kommt es nicht darauf an, ob man den wirtschaftlichen oder den juristischen Vermögensbegriff der Schadensfeststellung zugrundelegt. Da es sich in den in der ersten Gruppe zusammengefaßten Fällen um rechtmäßig erworbene Sachwerte handelt, die der Getäuschte weggibt, handelt es sich stets um einen Angriff auf zivilrechtlich anerkannte Werte, die sowohl nach dem wirtschaftlichen als auch nach dem juristischen Vermögensbegriff zum Vermögen gehören, deren Entzug mithin stets einen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen darstellt. Deshalb ist das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung in den von uns in der ersten Gruppe zusammengefaßten Fällen auch unter Zugrundelegung der von Binding, Merkel und Gerland vertretenen Auffassungen, die nur subjektive Rechte zum Vermögen zählen, zu bejahen, wenn man sich nur auf den Standpunkt stellt, daß die Aufwendung des Getäuschten, die dieser in Gestalt seiner Vorleistung macht, und nicht das Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung der für den Eintritt der Vermögensbeschädigung maßgebliche Vorgang ist²⁾. Wenn die früheren

1) Fischer, S. 10.

2) Nur nach der von uns im Vorhergehenden abgelehnten personalen Theorie Bockelmanns wäre - wie oben gezeigt - ein abweichendes Ergebnis möglich.

Entscheidungen des RG, in denen bei der Beurteilung unserer Fälle nur auf das Ausbleiben der Gegenleistung abgestellt wurde, als Beispiele für den juristischen Vermögensbegriff angesehen werden¹⁾, so ist das in diesem Zusammenhang irreführend und beruht auf einer Verkennung der vom RG in Übereinstimmung mit Merkel und Binding angewandten Konstruktion²⁾.

b) Der Kausalzusammenhang.

Mit der Wendung, daß in unseren Fällen das Ausbleiben der Gegenleistung keinen Schaden darstelle, da es an einem rechtlich begründeten Anspruch auf die Gegenleistung fehle, kann nicht die Tatsache aus der Welt geschafft werden, daß das Vermögen des Getäuschten infolge der Vorleistung eine Minderung erfahren hat. Merkel und Binding sowie das RG in jenen Entscheidungen, in denen es nur auf das Ausbleiben der Gegenleistung abstellte, haben denn auch nicht in Zweifel gezogen, daß die Getäuschten tatsächlich eine Minderung ihres Vermögens erfahren haben³⁾. Bestritten wird aber, daß sich diese tatsächliche Minderung des Vermögens als eine auf Täuschung und Irrtumserregung beruhende Vermögensschädigung i.S. des Betrugstatbestands darstellt, da der Getäuschte die Vorleistung in dem Bewußtsein erbringe, keinen Rechtsanspruch auf die Gegenleistung zu haben.

Wie wir einleitend schon festgestellt haben, erfordert § 263 StGB, daß die Vermögensbeschädigung infolge einer Täuschung und eines dadurch verursachten Irrtums eintritt, mit anderen Worten, daß zwischen der Täuschungshandlung und der Vermögensminderung ein ursächlicher Zusammenhang besteht.

Ist nun in den Fällen der vorliegenden Art der ursächliche Zusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vermögensminderung rechtlich ausgeschlossen, wenn sich der vorleisten-

-
- 1) Vgl. Nagler, der einige dieser Entscheidungen als Beispiele des juristischen Vermögensbegriffes anführt (LK 249 Vorb.II, 2); Maurach, S. 284.
 - 2) Binding selbst läßt es dahingestellt, ob es bei der Behandlung vorliegender Fälle auf die Verfechtung eines bestimmten Vermögensbegriffes ankommt (DJZ 11, 553).
 - 3) RG 19, 191; RG GA 54, 418; Merkel, S. 223 ff; Binding DJZ 11, 553 ff.

de Getäuschte bewußt war, keinen Anspruch auf die versprochene gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu haben?

Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vermögensbeschädigung wird beim Betrug hergestellt durch die Tatbestandselemente der Irrtumserregung und der Vermögensverfügung. Die vom Täter vorgenommene Täuschungshandlung muß den Getäuschten in einen Irrtum versetzen, der seinerseits die Ursache für eine vom Getäuschten vorgenommene Vermögensverfügung sein muß, auf Grund deren die Vermögensbeschädigung eintritt. Daß in unseren Betrugsfällen die Vermögensminderung durch die Vorleistung des Getäuschten eintritt, mithin auf dem eigenen Verhalten des Getäuschten, einer Vermögensverfügung beruht, wurde bereits dargelegt und kann heute auch nicht mehr zweifelhaft sein. Fraglich kann allenfalls sein, ob die in der durch den Getäuschten bewirkten Vorleistung bestehende Vermögensverfügung auf einem durch die Täuschungshandlung erregten Irrtum beruht. Bei der Frage nach dem Kausalzusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vermögensbeschädigung handelt es sich also in erster Linie um das Tatbestandsmerkmal der Irrtumserregung. Mithin stellt sich in unseren Fällen die Frage nach dem Kausalzusammenhang genauer dahin: beruht die in Gestalt der Vorleistung getroffene schädigende Vermögensverfügung auf einem auf Grund der Täuschung beim Getäuschten hervorgerufenen Irrtum? Zur Beantwortung unserer Frage erläutern wir zweckmäßigerweise zuerst, worin in vorliegenden Fällen die Täuschungshandlung besteht.

aa) Die Täuschungshandlung.

In allen Fällen, die von uns in der ersten Gruppe zusammengefaßt sind, spiegelt der Täter eine Gegenleistung vor, die zu erbringen er in Wirklichkeit nicht bereit oder auch gar nicht in der Lage ist. Die Leistungsbereitschaft sowie die Fähigkeit zur Leistung sind Tatsachen, über deren Vorhanden-

sein der Täter seinen Vertragspartner täuscht¹⁾. Nicht erforderlich ist, daß die Täuschungshandlung durch ausdrückliche Behauptung von Tatsachen erfolgt; eine Täuschung kann auch durch schlüssiges Handeln begangen werden²⁾. Deshalb ist es unerheblich, ob der Täter ausdrücklich behauptet, zur Erbringung der gesetz- oder sittenwidrigen Gegenleistung fähig und bereit zu sein, oder ob er seine Fähigkeit und Bereitschaft zur Erbringung der Gegenleistung durch schlüssiges Handeln zum Ausdruck bringt. Wer ein Abortivmittel zum Kauf anbietet, behauptet damit zumindest schlüssig, zur Lieferung eines tauglichen Mittels bereit und in der Lage zu sein. Ebenso behauptet zumindest durch schlüssiges Handeln, wer Falschgeld, gestohlene Banknoten, Diebeswerkzeug und dergl. gegen gutes Geld anbietet oder wer sich zur Begehung eines Verbrechens oder zur Vornahme einer unsittlichen Dienstleistung erbieht, zur Lieferung der angebotenen Gegenstände bzw. zum Erbringen der verbrecherischen oder unsittlichen Dienstleistung bereit und in der Lage zu sein. Das Gesamtverhalten des Täters gibt hier nach Auffassung der Verkehrs-sitte zu erkennen, daß es nur als nichtwörtliche Behauptung von Tatsachen gemeint sein will und kann³⁾.

bb) Ist auf Grund der Täuschungshandlung beim Getäuschten ein für die Vorleistung ursächlicher Irrtum erregt worden?

Sind nun die Vertragspartner des Täuschenden durch die ausdrückliche oder schlüssige Vorspiegelung der Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit in einen Irrtum versetzt worden? Einigkeit besteht darüber, daß unter Irrtum eine

-
- 1) Die mangelnde Leistungsbereitschaft, d.h. die Absicht, die versprochene Gegenleistung nicht zu erbringen, ist eine "innere Tatsache", die nach heute einhelliger Meinung ebenso wie äußere Zustände zum Begriff der Tatsache i.S. des § 263 StGB gehört. Vgl. Maurach BT, S. 274; Schönke-Schröder 263, IV, 1; Mezger Lb. 165; Schäfer-Dalcke 263 A 8a; Kohlr-Lange 263 A II, 1; Dreher-Maaßen 263, A 3; Schwarz 263 A 2; Frank 263 II, 1b; RG DR 43, 74; OGH 2, 260.
- 2) Maurach, S. 276; Mezger Lb., S. 170 und die h.L.
- 3) Maurach, BT., S. 276.

unrichtige Vorstellung von Tatsachen zu verstehen ist. Machen sich die Vertragspartner des Täuschenden trotz der Täuschungshandlung keine irrigen Vorstellungen über die Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit des Täuschenden, sondern erkennen den mangelnden Leistungswillen bzw. den Mangel der Leistungsfähigkeit ihres Vertragsgenossen, so sind sie durch die Täuschungshandlung nicht in einen Irrtum versetzt worden. In den Fällen der vorliegenden Art wird es in der Regel so sein, daß der Getäuschte weiß, daß das Geschäft nichtig ist, wenn er die Normen, auf denen die Nichtigkeit beruht, im Einzelfall vielleicht auch nicht kennt. Es genügt für die Kenntnis der Nichtigkeit des Geschäfts, daß ihm der Mangel eines rechtlichen Anspruchs auf die vorgespiegelte Gegenleistung laienhaft bekannt ist. Die Kenntnis von der zivilrechtlichen Nichtigkeit eines Anspruchs auf eine unsittliche oder verbotene Leistung besagt aber nicht, daß sich der Getäuschte deshalb nicht in einen Irrtum über die Leistungswilligkeit und Leistungsfähigkeit des Vertragspartners versetzen läßt. Eher ist es umgekehrt: Gerade die Kenntnis von der Nichtigkeit verbotener Geschäfte (man denke vor allem an den Kauf von Abtreibungsmitteln) macht die Leistungsbereitschaft fast zum Hauptgegenstand des Geschäfts: Der Verkäufer verlangt meist mit dem Hinweis auf das strafrechtliche Risiko und die seltene Gelegenheit, trotzdem ein Mittel zu verschaffen, einen überhöhten Preis, der eben deshalb auch gezahlt wird. Der Käufer läßt es sich besonders viel kosten, daß er jemanden findet, der sich zu einem verbotenen Geschäft bereit findet. Was tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist, kann also sehr wohl einem anderen als etwas Gewisses vorgespiegelt werden¹⁾ und bei dem so Getäuschten einen Irrtum hervorrufen, obwohl der Getäuschte weiß, daß er keinen Anspruch auf die vorgespiegelte Gegenleistung erlangt, wenn er nur darauf vertraut, daß sein Partner trotz Verbotenseins oder Unsittlichkeit des Geschäfts die versprochene Leistung erbringen wird. Denn die Kenntnis vom Mangel eines rechtlichen Anspruchs auf die zugesagte Gegen-

1) RG 44, 230.

leistung bedeutet nicht gleichzeitig Kenntnis von der mangelnden Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit. Hält der getäuschte Vertragspartner die vorgespiegelte Tatsache der Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit für wahr und vertraut darauf, daß sein Partner trotz Nichtigkeit des Geschäfts das Versprochene leistet, so befindet er sich auf Grund der Täuschung in einem Irrtum. Er irrt auf Grund der Täuschung über den animus solvendis des Täters.

Befindet sich aber der Getäuschte auf Grund der Vorspiegelung des Täters, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung erbringen zu wollen, in einem Irrtum, so ist auch dieser insoweit vorhandene Irrtum die Ursache dafür, daß er eine Aufwendung aus seinem Vermögen macht, indem er die ihm dem Verträge gemäß obliegende Leistung vorweg erbringt¹⁾. Denn ursächlich für die Herbeiführung einer Vermögensbeschädigung ist jede Irrtumserregung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg, der Vermögensschaden, entfällt²⁾. Hätte der Täter den Getäuschten nicht durch die Vorspiegelung in einen Irrtum versetzt, hätte dieser niemals die in Gestalt der Vorleistung erbrachte Vermögensaufwendung, die die Vermögensminderung herbeiführte, gemacht.

Wenn gegen diese Auffassung geltend gemacht wird, wer sich eine durch das Recht nicht geschützte Gegenleistung versprechen lasse und in Erwartung derselben vorher eine Aufwendung mache, der beschädige sein Vermögen selbst, die Irrtumserregung bilde in diesem Falle für die eingetretene Vermögensbeschädigung nur die äußere Veranlassung, nicht aber die innere Ursache³⁾, so ist dem mit RG 44, 230 entgegenzuhalten, daß derjenige, der infolge eines von anderer Seite arglistigerweise in ihm erregten Irrtums eine Aufwendung aus seinem Vermögen macht, die für ihn eine Beschädigung darstellt, zunächst immer als einer erscheint, der sein Vermögen selber beschädigt. Der Betrug ist seinem Wesen nach ein

1) Vgl. RG 44, 230.

2) Im Strafrecht gilt nach h.M. im Gegensatz zum Zivilrecht die Bedingungstheorie. Vgl. die Lehrbücher.

3) RG GA 54, 418; Binding (DJZ 11, 553 ff, 564) argumentierte, es liege eine unverantwortliche Selbstschädigung vor, für die das Recht mit bestem Grunde die Remedur versage.

Delikt, bei dem es der Täuschende auf die Selbstschädigung des Getäuschten abgesehen hat und zur Erreichung der Selbstschädigung das Mittel der Täuschung anwendet¹⁾. Der Betrug unterscheidet sich von den Aneignungsdelikten gerade dadurch, daß der Getäuschte sich selber schädigt, denn nur dann beruht die Schädigung auf einer Vermögensverfügung des Getäuschten, die der Betrugstatbestand voraussetzt²⁾.

Unzutreffend ist es auch, daß die Frage, ob in unseren Fällen der ursächliche Zusammenhang zwischen der vom Täter verübten Täuschungshandlung und der Vermögensbeschädigung gegeben ist, in erster Linie eine Frage der tatsächlichen Würdigung ist³⁾. Am Kausalzusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vermögensbeschädigung fehlt es nur dann, wenn der Verfügende im Bewußtsein verfügt, daß der andere nicht leisten wird. Denn nur in diesem Fall fehlt es an einem Glied in der Kausalkette zwischen Vorspiegelung und schädigender Vermögensverfügung, nämlich dem Tatbestandselement eines beim Verfügenden auf Grund der Täuschung hervorgerufenen Irrtums.

Dieser Fall, daß die Vorleistung im Bewußtsein erbracht wird, daß der Vertragspartner die versprochene Gegenleistung unter keinen Umständen erbringt, ist in unseren Beispielen aber niemals gegeben. Die Vorleistung wird vielmehr immer nur im Vertrauen auf die Redlichkeit, die ehrliche Erfüllungsabsicht des anderen Teils erbracht, im Vertrauen darauf, daß der Vertragspartner trotz mangelnden staatlichen Rechtszwangs, ja gegen ein strafgesetzliches Verbot erfüllen wird. Wer im Vertrauen darauf, daß der andere Vertragsteil die versprochene Gegenleistung erbringt, vorleistet, während der Vertragspartner von vornherein nicht die Absicht hat, seinerseits den Vertrag zu erfüllen, der schädigt sein Vermögen stets auf Grund eines durch die Vorspiegelung des Täters in ihm arglistig erregten Irrtums⁴⁾. Selbstverständlich handelt der Getäuschte

1) Schlosky, a.a.O.; Schröder bezeichnet mit Recht den Betrug als einen zum selbständigen Delikt erhobenen Fall mittelbarer Täterschaft (ZStW 60, 70, Anm. 44).

2) RG 44, 230.

3) So RG 44, 230; Fischer, S. 12.

4) In diesem Sinne auch Gerloff, S. 34.

im Bewußtsein des Risikos, unter Umständen die erwartete Gegenleistung nicht zu erlangen, da er in der Regel weiß, daß er den anderen Teil nicht im Klagewege zur Erfüllung des Vertrags zwingen kann. Aber das schließt doch nicht aus, daß der Vorleistende auf Grund eines Irrtums verfügt, denn - wie weiter oben ausgeführt - steht die Kenntnis des Mangels eines rechtlich begründeten Anspruchs auf die versprochene Gegenleistung dem Vorhandensein eines durch die Vorspiegelung beim Getäuschten hervorgerufenen Irrtums keineswegs entgegen¹⁾. Deshalb ist die Auffassung Fischers²⁾ und Schloskys³⁾, die meinen, es fehle am Kausalzusammenhang, wenn der Getäuschte bei der Hingabe der Vorleistung sich des Risikos bewußt sei, das er durch Abschluß des nichtigen Rechtsgeschäfts eingehe und in Kauf nehme, nicht haltbar. Mag auch der Vorleistende in noch so hohem Maße fahrlässig handeln, wenn er seine Leistung trotz des Mangels eines Anspruchs auf die zugesagte Gegenleistung erbringt, so vermag dies nicht den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Vorspiegelung und dem Eintritt der Vermögensbeschädigung auszuschließen. Für die Beantwortung der Frage nach dem ursächlichen Zusammenhang kann auch nicht darauf abgestellt werden, ob die Initiative zum Abschluß des verbotenen oder unsittlichen Geschäfts vom Betrüger oder vom Betrogenen ausgegangen ist⁴⁾. Denn auch dann, wenn der Abschluß des Geschäfts vom Betrogenen angeregt wurde, beruht die im Vermögen des Betrogenen durch die von ihm erbrachte Vorleistung eingetretene Vermögensminderung auf einem vom Täter arglistig erregten Irrtum⁵⁾. Der Getäuschte vertraut nicht weniger auf die Erfüllungsabsicht des Vertragspartners, wenn er selbst den Anstoß zur Vornahme des Geschäfts gegeben hat, als wenn die Initiative vom Täuschenden ausgegangen ist.

1) So auch Gerloff, S. 34/35.

2) Fischer, S. 12.

3) Schlosky, DStR 41, 41.

4) Zeiler ZStW 28, GA 60: Ist die Initiative vom Betrogenen ausgegangen, so soll kein Betrug vorliegen.

5) So auch Gerloff, S. 32.

Voraussetzung für das Vorliegen einer auf Täuschung und Irrtumserregung beruhenden Vermögensbeschädigung ist aber stets, daß die Absicht des Täters, die versprochene Gegenleistung nicht zu erbringen, von vornherein bestand. Nur dann, wenn es beim Täuschenden schon bei Abschluß des Geschäfts am animus solvendi fehlte, kann die in der Vorleistung liegende schädigende Vermögensverfügung auf einem durch Täuschung verursachten Irrtum beruhen. Entsteht der animus non solvendi erst nach Abschluß des Vertrages, so ist in vorliegenden Fällen der Tatbestand des Betrugs mangels einer auf Täuschung und Irrtumserregung beruhenden vermögensmindernden Verfügung trotz Vorliegens eines Vermögensschadens nicht erfüllt. Dieses Ergebnis, das auf den ersten Blick Widerspruch hervorgerufen mag, ist nur die konsequente Durchführung des hier mit der heute h.L. vertretenen Grundsatzes, daß in den Fällen der vorliegenden Art die schädigende Vermögensverfügung nur in der dem Vertrage gemäß bewirkten Vorleistung des Getäuschten bestehen kann¹⁾.

c) Die Bedeutung des Kondiktionsmangels, § 817, S. 2 BGB.

Im Vorhergehenden haben wir darzulegen versucht, daß der schadenbegründende Vorgang nur in der dem Vertrage gemäß bewirkten Vorleistung des Getäuschten gesehen werden kann und daß auch der ursächliche Zusammenhang zwischen Vorspiegelung und Schädigung gegeben ist. Nun leugnen Binding und andere Autoren²⁾ sowie einige Entscheidungen des RG³⁾ das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung in unseren Fällen aber

-
- 1) Gerloff weist mit Recht darauf hin, daß dieses Ergebnis insofern zu Bedenken Anlaß gibt, als sich der Betrüger in vielen Fällen der Bestrafung entziehen kann mit der Behauptung, den Entschluß, die verabredete Gegenleistung nicht zu erbringen, erst nach der Vermögensverfügung des Getäuschten gefaßt zu haben. Wenn Gerloff aber meint, man müsse in unseren Fällen daher sagen, rückschauend gesehen stellte sich die vertragsliche Abrede des Verkäufers doch als Täuschung dar, welche die Vermögensverfügung und damit auch den Vermögensschaden verursacht hat, so ist diese Auffassung erst recht Bedenken ausgesetzt.
 - 2) Binding DJZ 11, 553; Schumann Diss., S. 56 ff; Schumann ZStW 34, 183.
 - 3) RG 37, 31.

nicht nur deshalb, weil das Ausbleiben der Gegenleistung wegen der Nichtigkeit des Geschäfts keinen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen darstelle und die durch die Vorleistung eingetretene Vermögensminderung nicht auf einem beim Vorleistenden erregten Irrtum beruhe, sondern auch deshalb, weil dem Vorleistenden ein Rückforderungsanspruch auf das Geleistete wegen der zivilrechtlichen Vorschrift des § 817, S. 2 BGB versagt ist. Wenn das Zivilrecht einen Rückforderungsanspruch auf das Geleistete versage, weil sowohl dem Leistungsempfänger als auch dem Leistenden ein Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten zur Last fällt, so bedeute das, daß das Zivilrecht in derartigen Fällen einen Schaden des Leistenden nicht anerkenne. Wo das Zivilrecht als sedes materiae einen Schaden nicht anerkenne, da könne auch kein Schaden i.S. des Strafrechts vorhanden sein. Daß diese Auffassung die Konsequenz der heute im großen und ganzen überwundenen Lehre von der Akzessorietät des Strafrechts ist, erhellt auf den ersten Blick und bedarf keiner weiteren Erörterung. Aber leugnet das Zivilrecht in derartigen Fällen wirklich das Vorliegen eines Vermögensschadens? Ist es nicht vielmehr so, daß nicht der Eintritt eines Schadens durch § 817, S. 2 BGB in Abrede gestellt, sondern bei beiderseitigem Sittenverstoß nur dem Leistenden der zivilrechtliche Schutz zur Reparierung des Schadens versagt wird? E n g e l h a r d¹⁾ weist mit Recht darauf hin, daß man aus den Worten: "Die Rückforderung ist ausgeschlossen..." nicht den Schluß ziehen kann, der Gesetzgeber wolle mit § 817, S. 2 BGB die Vermögensbeschädigung leugnen²⁾. Nicht den Eintritt eines Schadens leugnet das BGB durch die Vorschrift des § 817, S. 2, sondern es versagt demjenigen, der Werte im Rahmen illegaler Geschäfte aufs Spiel setzt, den staatlichen Rechtsschutz bei der Rückforderung des Geleisteten³⁾.

1) ZStW 33, 133.

2) Vgl. auch Hirschberg: "Umgekehrt ist vielmehr die ausdrückliche Versagung der Kondiktion der Beweis dafür, daß der Betrüger auf Kosten des Getäuschten bereichert ist" (S. 330)

3) So auch Palandt, § 817, A 3.

Das Zivilrecht ist es nach Ansicht des Gesetzgebers seiner Würde schuldig, seine Dienste nicht demjenigen zu leihen, der sich bei einem illegalen Geschäft bewußt gegen die Rechtsordnung vergeht¹⁾.

Dieser Grundsatz kann aber für das Strafrecht keine Geltung beanspruchen²⁾. Das Strafrecht hat andere Funktionen als das Zivilrecht zu erfüllen. Deshalb können Grundsätze des Zivilrechts nicht auf das Strafrecht übertragen werden. Das Strafrecht dient in erster Linie dem Schutz öffentlicher Interessen und ist daher gezwungen, privatrechtliche Grundsätze, die dem besonderen Sinn und Zweck des Strafrechts zuwiderlaufen, zu ignorieren. Die Unanwendbarkeit der privatrechtlichen Vorschrift des § 817, S. 2 BGB ist daher ebenso wie der wirtschaftliche Vermögensbegriff die Folge der Lehre von der Selbständigkeit des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht.

Den stärksten Einwand gegen die Unanwendbarkeit des § 817, S. 2 BGB in unseren Betrugsfällen bildet die Behauptung, nach unserer Auffassung werde die Vorschrift des § 817, S. 2 BGB nicht nur für das Strafrecht außer Kurs gesetzt, sondern auch für das Zivilrecht umgangen. Da § 263 StGB ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB darstellt, ergibt sich die Frage, ob der Betrogene in unseren Fällen über den § 263 StGB einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch gem. § 823 II BGB gegen den Betrüger erhält, obwohl ihm nach dem Grundgedanken des § 817, S. 2 BGB jeglicher Ersatzanspruch für das im Rahmen illegaler Geschäfte Geleistete versagt sein soll. Es ist nicht zu leugnen, daß diese Frage eine Sekundärererscheinung unserer Auffassung ist, aber sie ist nicht ein strafrechtliches, sondern ein zivilrechtliches Problem. Es ist Aufgabe des bürgerlichen Rechts, diese Frage nach dem Verhältnis des § 817, S. 2 BGB zu der Vorschrift des § 823, II BGB zu klären. Keineswegs aber vermag dieses zivilrechtliche Problem unsere Auffassung zu erschüttern. Hier sei nur soviel gesagt, daß die Funktion und der Schutzzumfang privater und strafrechtlicher Delikts-

1) RG 44, 230.

2) So die h.L. Vgl. Fischer, S. 4; RG 44, 230; Engelhard, ZStW 33, 137/138. Vor allem auch Kohlrausch-Lange 263 V 1b

normen verschieden sein können¹⁾, und dass es deshalb keineswegs zwingend ist, überall da, wo eine strafrechtliche Schutznorm verletzt ist, auch die privatrechtliche Norm des § 823 II BGB anzuwenden. Erblickt man in § 817, S. 2 BGB das durchgreifende Prinzip, so entfällt § 823 II BGB^{2) 3)}

d) Der subjektive Tatbestand.

Die vorstehenden Ausführungen dürften gezeigt haben, dass in den Betrugsfällen, die von uns in der ersten Gruppe zusammengefasst sind, bei der Feststellung, ob eine Vermögensbeschädigung vorliegt, nicht auf das Ausbleiben der Gegenleistung abzustellen ist, sondern die Hingabe des guten Geldes oder sonstiger wohlverworbener Sachwerte, für die nicht gleichzeitig ein Äquivalent erlangt wird, der für den Eintritt einer Vermögensbeschädigung massgebliche Vorgang ist, dass auch das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Vorspiegelung und Vermögensbeschädigung gegeben ist, und dass § 817, S. 2 BGB für das Strafrecht unanwendbar ist. Damit sind die gegen die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des Betrugs erhobenen Bedenken beseitigt. In subjektiver Hinsicht ist zur Erfüllung des Betrugstatbestandes neben Vorsatz die Absicht des Täters auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils erforderlich. Es dürfte in den hier in Frage stehenden Fällen keinem Zweifel unterliegen, dass der Täter, der sich durch das Versprechen, ein Abtreibungsmittel, Falschgeld usw. zu liefern oder eine unsittliche oder verbotene Dienstleistung zu erbringen, Geld oder sonstige Sachwerte erschwindelt, einen Vermögensvorteil erstrebt, ohne dass hier näher auf den Vorteilsbegriff eingegangen zu werden braucht.

1) von Caemmerer, SJZ 50, 651.

2) Engelhard, ZStW 33, 139.

3) Eine andere Ansicht vertritt allerdings OLG Celle in Nds Rpf 1947, 25: Ein Deliktsanspruch gem. § 823 werde durch die Versagung der Rückforderung aus dem besonderen Grunde des § 817, S. 2 nicht ausgeschlossen, sofern der Leistende durch ein betrügerisches Handeln des anderen zur Leistung veranlasst worden sei. Auch das RG hat in Zivilentscheidungen Ansprüche aus § 823, II trotz 817, S. 2 stattgegeben (vgl. RGZ 70, 5; 85, 293; RG Warn. 1914 Nr. 74).

Allein zweifelhaft könnte die Rechtswidrigkeit¹⁾ des erstrebten Vermögensvorteils sein. Während das RG jeden Vermögensvorteil als rechtswidrig ansieht, auf den der Täter keinen Anspruch hat²⁾, sieht Binding³⁾ das wichtigste Kriterium für die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils im Kondiktionsanspruch des Getäuschten⁴⁾. Da in unseren Fällen einem Kondiktionsanspruch des Getäuschten § 817, S.2 BGB entgegensteht, wäre nach der Auffassung Bindings die Rechtswidrigkeit des durch Täuschung und Irrtumserregung erstrebten Vermögensvorteils ausgeschlossen. Dass der Mangel eines Kondiktionsanspruchs aber für das Strafrecht bedeutungslos ist, wurde bereits früher dargelegt und braucht hier nicht mehr weiter erörtert zu werden⁵⁾.

Nach BGH 8, 221 soll es aber an der Rechtswidrigkeit des vom Täter erstrebten Vorteils fehlen, wenn und soweit der Getäuschte aus dem Geschäft keinen Anspruch auf die Gegenleistung erlangte. Diese Auffassung, die der BGH in keiner Weise zu begründen versucht, sondern in Form eines apodiktischen Satzes hinstellt, ist umso auffallender, als sie in der gesamten einschlägigen Literatur und Rechtsprechung⁶⁾ nicht ihresgleichen findet. Sie bedeutet unseres Erachtens einen Ausfluss der von früheren Entscheidungen des RG vertretenen Ansicht, dass es für die Feststellung einer Vermögensbeschädigung massgeblich darauf ankomme, ob dem Getäuschten ein rechtsgültiger Anspruch auf die versprochene Gegenleistung zustehe, und ist deshalb abzulehnen.

1) Diese ist zwar Merkmal des obj. Tatbestands, aus Zweckmässigkeitsgründen wird sie aber hier geprüft.

2) RG 11, 155; 57, 370; 65, 344.

3) Lb., S.364.

4) Zum Begriff der Rechtswidrigkeit vgl. auch die Ausführungen zur 6. Fallgruppe.

5) Vgl. auch Gerloff, S.28.

6) Auch der BGH hat sich in anderen Entscheidungen der vom RG in st. Rspr. vertretenen These, dass rechtswidrig jeder Vermögensvorteil sei, auf den der Täter keinen Anspruch habe, angeschlossen (Vgl. BGH 4, 107; 3, 160). Hier soll es aber plötzlich nicht mehr darauf ankommen, ob dem Täter ein Anspruch zustand, sondern allein darauf, ob dem Getäuschten ein Anspruch zustand.

Hält man an der vom RG in ständiger Rechtsprechung vertretenen Auffassung, der sich auch der BGH in anderen Entscheidungen¹⁾ und viele Schriftsteller²⁾ angeschlossen haben, fest und stellt bei der Beantwortung der Frage nach der Rechtswidrigkeit des vom Täter erstrebten Vermögensvorteils nur darauf ab, ob dem Täter ein Anspruch auf den erstrebten Vorteil zusteht oder nicht, so ist in unseren Fällen die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils zu bejahen. Auch ist die Rechtswidrigkeit des vom Täter erstrebten Vorteils nach der verschiedentlich in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung zu bejahen, die darauf abstellt, ob der erstrebte Vorteil nach der Volksschauung oder dem Sittengesetz als Unrecht erscheint.³⁾

Da das Ergebnis sowohl nach dieser letzteren als auch nach der vom RG und der h.L. vertretenen Auffassung gleich ist, bedarf es einer Auseinandersetzung mit ihnen an dieser Stelle nicht.

1) BGH 4,107; 3, 160.

2) Maurach, S. 293; Schröder, DRZ 56, 69 u.v.a.

3) Darauf stellen ab: Schönke-Schröder (7. Aufl.), 263 VII, 1b; Kohlrausch-Lange, 263 VIII 1b; OLG Hamm in HEST 2, 32 und OLG Celle in JR 50, 120 (beide allerdings für § 253 StGB).

e) Die Besonderheit des Schwarzmarktbetrugs.

Die Besonderheit des Schwarzmarktbetrugs in Gestalt des sog. Spritzens gegenüber den übrigen in der ersten Gruppe zusammengefassten Fällen besteht darin, dass der Betrüger beim Schwarzmarktbetrag (Spritzer) immerhin den nach den Preisregelungsvorschriften angemessenen Preis für die erschwindelten Waren zahlt, während in den übrigen Fällen die versprochene Gegenleistung überhaupt nicht oder in Form untauglicher Ware erbracht wird ¹⁾. Da der Getäuschte immerhin für seine Ware eine Gegenleistung erhält, die nach den Preisregelungsvorschriften angemessen ist, stellt sich beim Schwarzmarktbetrag die Frage nach dem Vorhandensein einer schädigenden Vermögensverfügung etwas anders als in den übrigen Fällen der ersten Gruppe.

Auszugehen ist bei der Feststellung, ob eine Vermögensbeschädigung eingetreten ist, ebenso wie in den übrigen Fällen der ersten Gruppe von dem Grundsatz, dass nicht das Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung, der Zahlung des unzulässigen Überpreises, den Schaden begründen kann, sondern dass die Leistung des Verkäufers, die Übergabe der Ware, der allein massgebliche Vorgang für die Feststellung einer Vermögensbeschädigung ist ²⁾. Die Geltung dieses Grundsatzes für Schwarzmarktgeschäfte wird auch in der neueren Literatur - worauf früher schon hingewiesen wurde - zum Teil noch bestritten, indem geltend gemacht wird, die Überpreisforderung sei nicht nur unklagbar, sondern auch materiell rechtswidrig. "Daher kein Betrug, insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt, dass der Verkäufer seine gute Ware herausgegeben habe, wie die Frauen im Falle RG 44,230 ihr gutes Geld" ³⁾.

1) Hat der Spritzer von vornherein die Absicht, überhaupt nichts zu zahlen, oder spiegelt umgekehrt der Verkäufer vor, eine Ware gegen Schwarzpreis liefern zu wollen, die er vorgefasster Absicht gemäss nach Erhalt des Preises nicht liefert, so besteht kein Unterschied zu den übrigen in der ersten Gruppe zusammengefassten Fälle.

2) Vgl. OLG Oldenburg in Nds Rpfl. 47, 42.

3) So Kohlrausch-Lange, 263 V 2b. Ähnlich auch Welzel in früheren Auflagen (Lb. 1. Aufl., S. 172). Welzel äussert sich neuerdings aber nicht mehr zu dieser Frage.

Die oben widerlegte Ansicht Merkels und Bindings sowie einiger früherer RG-Entscheidungen, wonach nur das Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung den schadenbegründenden Vorgang darstellen soll, erhebt hier in Bezug auf den Schwarzmarktbetrug ihre Renaissance. Weshalb aber bei Schwarzmarktgeschäften eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass nur die Vorleistung des Getäuschten den schadenbegründenden Vorgang darstellt, gemacht werden soll, ist nicht einzusehen. Dass die Auffassung, die in derartigen Fällen nur auf das Ausbleiben der Gegenleistung abstellt, nicht haltbar ist, wurde oben dargelegt und bedarf hier keiner weiteren Erörterung mehr.

Geht man von der hier vertretenen These aus, dass nur durch die Übergabe der Schwarzmarktware der Verkäufer geschädigt worden sein kann, so stellt sich entsprechend dem hier vertretenen wirtschaftlich-objektiven Schadensbegriff die Frage, ob der Gesamtgeldwert des Vermögens des Verkäufers durch die Übergabe der Ware an den Käufer gemindert worden ist. Es gewinnt mithin die Frage Bedeutung, ob die Zahlung des nach den Preisregelungsvorschriften angemessenen Preises bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise den Verlust der Ware kompensiert, d.h. ob der Wert der vorgeleisteten Ware durch die empfangene Gegenleistung aufgewogen wird. Denn nach der hier vertretenen wirtschaftlich-objektiven Theorie ist unter Vermögensbeschädigung nicht jede irrtumsbedingte Vermögensdisposition zu verstehen, sondern einen Schaden i.S. des § 263 StGB begründet nur eine solche Vermögensverfügung, die zu einer in erster Linie objektiv zu beurteilenden Wertminderung des Vermögens führt. Das bedeutet, dass eine gleichzeitig erlangte Gegenleistung zu berücksichtigen ist und nur dann ein Vermögensschaden angenommen werden kann, wenn der objektiv-wirtschaftliche Wert der Gegenleistung hinter dem objektiv-wirtschaftlichen Wert der Vermögensaufwendung des Getäuschten zurückbleibt. In der Beantwortung dieser Frage, ob die nach den Preisregelungsvorschriften angemessene Gegenleistung bei wirtschaftlicher Betrachtung gegenüber der Leistung des Verkäufers ein Äquivalent darstellt, liegt die Hauptschwierigkeit bei der Beurteilung des Schwarzmarktbetrugs. Es handelt sich um das allgemeine Problem, ob in Zeiten der Warenverknappung der Besitz

einer Sache vom wirtschaftlichen Standpunkt aus höher zu veranschlagen ist als der nach den Preisregelungsvorschriften dafür zulässige Preis. Das RG¹⁾ hatte bereits zu diesem Problem Stellung genommen und die Ansicht vertreten, bei knappen Vorräten sei der Besitz der selten gewordenen Waren für wertvoller anzusehen als der für sie nach den Preisvorschriften zulässige Preis. Die Nachkriegsjudikatur hat in zahlreichen Entscheidungen²⁾ von der wirtschaftlich-objektiven Auffassung ausgehend im gleichen Sinne entschieden und stets das Vorliegen einer Vermögensbeschädigung bejaht, wenn verknappte Waren gegen die Vorspiegelung, einen Schwarzmarktpreis zahlen zu wollen, abgeschwindelt wurden, und dann nur der zulässige Preis gezahlt wurde. Nach der hier vertretenen wirtschaftlich-objektiven Theorie wäre nur dann eine Vermögensbeschädigung nicht anzunehmen, wenn der Verkäufer für den erlangten Preis eine gleichwertige Ware wiedererlangen könnte. Da der Verkäufer aber eine gleichwertige Ware nicht zu dem von dem Spritzer gezahlten Geldbetrag zu erwerben vermag, sondern seinerseits einen Schwarzmarktpreis zahlen müsste - es sei denn, er wendet die gleichen Kniffe an wie sein Käufer -, stellt der gezahlte, nach den Preisregelungsvorschriften zulässige Preis kein wirtschaftliches Äquivalent dar. Es ist daher das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung zu bejahen, wenn der Schwarzhändler für seine Waren nur den gesetzlichen Preis statt des vereinbarten Schwarzmarktpreises erhält³⁾.

1) 75, 62.

2) OLG Düsseldorf in MDR 47,267; OLG Oldenburg in Nds Rpfl 47,42
OLG Celle in Nds Rpfl 47,25; OGH 2,259; OLG Hamm HEst 1,113;
KG in HEst 2,44.

3) Es darf hier noch erwähnt werden, dass man bei der Feststellung einer Vermögensbeschädigung in den Fällen des Schwarzmarkt Betrugs auch mit der juristisch-subjektiven Theorie Bindings zum gleichen Ergebnis gelangt, wenn man sich nur auf den Standpunkt stellt, dass die Hingabe der Ware der für die Feststellung eines Vermögensschadens massgebliche Vorgang ist. Denn die Schwarzmarktware stammt aus dem rechtlich geschützten Vermögen des Schwarzhändlers, und nach Binding stellt jede irrtumsbedingte Vermögensverfügung ohne Rücksicht auf die gleichzeitige Erlangung eines Äquivalents einen Vermögensschaden i.S. des § 263 StGB dar.

Da der getäuschte Schwarzhändler die Ware dem Täuschenden übergibt im Vertrauen auf die Wahrheit des Versprechens, die Gegenleistung den Vereinbarungen entsprechend zu erbringen, d.h. den unzulässigen Überpreis zu zahlen, ist auch der ursächliche Zusammenhang zwischen Vorspiegelung und schädigender Vermögensverfügung ebenso wie in den übrigen Fällen der ersten Gruppe gegeben.

Auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des vom Käufer erstrebten Vermögensvorteils ergeben sich keine Bedenken, da der Käufer ohne Bezugsschein (Lebensmittelkarte pp) keinen Anspruch auf Lieferung zum gesetzlichen Preis hat.

2. Fallgruppe:

Ist das Abschwindeln unrechtmässig erworbener Sachwerte durch die Vorspiegelung, eine gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung zu erbringen, Betrug?

Der Unterschied der in der zweiten Gruppe zusammengefassten Fälle gegenüber den Fällen der ersten Gruppe besteht ausschliesslich darin, dass unrechtmässig besessene Sachwerte abgeschwindelt werden, während in den vorhergehenden Fällen es sich um rechtmässig besessene Sachwerte handelte, die das Angriffsobjekt bildeten. Demnach liegt der Unterschied gegenüber den Fällen der ersten Gruppe bei der Fragestellung, ob das Abschwindeln vitiös erlangter Werte im Rahmen illegaler Geschäfte den Tatbestand des Betrugs erfüllt, ausschliesslich in der Bestimmung des Vermögensschadens, während die übrigen Tatbestandsmerkmale sowie die Frage nach dem Kausalzusammenhang gegenüber den in der ersten Gruppe behandelten Fällen keine neuen Probleme aufwerfen. Es ist die Frage, ob der widerrechtlich erlangte Besitz zum Vermögen i.S. des § 263 StGB gehört und seine Entziehung eine Vermögensbeschädigung bedeutet. Ist der widerrechtlich erlangte Besitz nicht als Vermögensbestandteil anzusehen, so kann seine Verletzung unmöglich eine Vermögensbeschädigung des Getäuschten darstellen.

Es wurde bereits erwähnt, dass die Vertreter des juristischen Vermögensbegriffes den widerrechtlich erlangten Besitz nicht zum Vermögen zu rechnen vermögen und dass demgemäss nach ihrer Auffassung ein Betrug nicht dadurch begangen werden kann, dass Werte, die jemand widerrechtlich besitzt, abgeschwindelt werden¹⁾. Dagegen erkennt ein Teil der Vertreter der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre den Besitz vitiös erlangter Sachwerte als Vermögensbestandteil wenigstens insoweit an, als er zivilrechtlichen Schutz genießt²⁾.

1) Binding Lb, S. 341; Merkel, S. 101 ff; Gerland, S. 637; Hirschberg, S. 329.

2) Welzel, S. 316; Kohlr.-Lange 263 A 1. A.A. Nagler LK 249 Vorb. II, 4; Sauer, S. 86.

Bei der Feststellung, ob vitiös erlangte Sachwerte zum Vermögen i. S. des § 263 StGB gehören, ist von dem hier vertretenen rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff auszugehen.

Nach dieser rein wirtschaftlichen Vermögensauffassung ist Vermögen alles das, was für die wirtschaftlichen Belange einer Person Wert hat: die Summe der geldwerten Güter einer Person, ohne Rücksicht darauf, ob sie von der Privatrechtsordnung anerkannt sind oder nicht. Danach gibt es kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen¹⁾. Der Besitz einer Sache bedeutet die tatsächliche Herrschaftsgewalt des Besitzers, bedeutet deshalb wirtschaftliche Macht, die unabhängig von einem dinglichen oder obligatorischen Recht an der Sache ist. Denn die wirtschaftlichen Vorteile, die sich an den Besitz einer Sache knüpfen, sind allein unter faktischen Gesichtspunkten zu betrachten. Der Besitzer einer Sache kann- wenn auch dem Recht zuwider - über die Sache verfügen, er zieht die Nutzungen der Sache und bestimmt ihr Schicksal. Deshalb gehören alle Sachwerte, über die der Geschädigte faktisch, wenn auch dem Recht zuwider, verfügen kann, zu seinem Vermögen und sind taugliches Angriffsobjekt des Betrugs. Da widerrechtlich erlangte Sachwerte mithin Vermögensbestandteil sind, bedeutet ihre Entziehung ohne gleichzeitige Zuführung eines Äquivalents eine Vermögensbeschädigung des Getäuschten. Betrug begeht daher, wer dem Dieb, Betrüger oder Hehler die erlangte Substanz arglistig entzieht²⁾.

Nichts anderes kann gelten, wenn im Rahmen illegaler Geschäfte vitiös erlangte Sachwerte abgelistet werden. Denn der massgebliche, den Schaden begründende Vorgang ist die Leistung des Getäuschten und nicht das Ausbleiben der nicht zu beanspruchenden Gegenleistung. Die Nichtigkeit des Anspruchs auf die Gegenleistung spielt in diesem Zusammenhang gar keine Rolle, da es nicht die Nichtigkeit des Geschäfts ist, die den Getäuschten zur Vorleistung veranlasst hat³⁾, sondern die Vorspiegelung des Täuschenden, eine - wenn auch gesetz- oder sittenwidrige - Gegenleistung zu erbringen. Die Nichtigkeit ist nur der Grund, weshalb der

1) RG 44,230; Maurach, S.286 u.v.a.

2) Maurach, S.287, Welzel, S.316; Schönke-Schröder, 263 VII,3.

3) Fischer, S.10.

Getäuschte die Gegenleistung nicht beanspruchen kann.

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass das Abschwindeln vitiös erlangter Sachwerte im Rahmen illegaler Geschäfte den objektiven Tatbestand des Betrugs erfüllt. Insbesondere ist der objektive Tatbestand des Betrugs erfüllt, wenn einem Schwarzhändler Waren abgeschwindelt werden, die dieser selbst vitiös erlangt hatte.

In subjektiver Hinsicht gilt das gleiche wie in den Fällen der vorhergehenden Gruppe.

3. Fallgruppe:

Ist das Abschwindeln unsittlicher oder verbotener Dienstleistungen Betrug?

Eine weitere Schärfung erfährt die Problemstellung bei der Frage, ob auch das Abschwindeln unsittlicher oder verbotener Dienstleistungen den Tatbestand des Betrugs erfüllt. Auch hier liegt wieder die Problematik bei der Feststellung der Vermögensbeschädigung, während die übrigen Tatbestandsmerkmale unproblematisch sind. Es unterliegt keinem Zweifel, dass das Tatbestandsmerkmal der Täuschung erfüllt ist, wenn der Täter vorspiegelt, die Dienstleistung entlohnen zu wollen, während er in Wahrheit von vornherein die Absicht hat, seine Gegenleistung vorzuenthalten, und dass dadurch beim Getäuschten ein Irrtum entsteht, da er die wahre Absicht des Täuschenden nicht erkennt. Der ursächliche Zusammenhang ist ebensowenig zweifelhaft, da der Getäuschte darauf vertraut, entlohnt zu werden und die Dienstleistung nicht erbracht hätte bei Kenntnis der wahren Absicht des Täters.

Es wurde eingangs darauf hingewiesen, dass es fast einhellige Meinung ist, dass unsittliche oder verbotene Dienstleistungen keine vermögenswerte Aufwendung darstellen¹⁾ und mithin nicht Gegenstand des Betrugs sein können. Das soll uns jedoch nicht daran hindern, die Haltbarkeit dieser Meinung zu überprüfen. Eine Überprüfung der h.M. ist umsomehr erforderlich, als sich die meisten Autoren mit schlagwortartigen Behauptungen begnügen und eine nähere Begründung ihrer Ansicht schuldig bleiben²⁾.

1) A.A. Kohlhaas, JR 54,97 und Franzheim, GA 60,271.

2) Nur Gerloff (S.19 ff) versucht die Auffassung, dass unsittlichen und verbotenen Dienstleistungen kein Vermögenswert zukomme, näher zu begründen.

a) Die Arbeitskraft als Vermögensbestandteil.

Die Beantwortung der Frage, ob verbotenen und unsittlichen Dienstleistungen ein Vermögenswert zukommt, hängt zunächst ab von der Beantwortung der Vorfrage, ob die Arbeitskraft schlechthin Bestandteil des Vermögens und damit Gegenstand des Betrugs sein kann. Die Frage, inwieweit die Arbeitskraft zum Vermögen zu rechnen ist, wird in der Literatur verschieden beantwortet. Während ein Teil der Autoren die wirtschaftlich verwertbare Arbeitskraft als solche zum Vermögen rechnet¹⁾, und damit als möglichen Gegenstand des Betrugs anerkennt, fordern andere die Festlegung im Rahmen eines gültigen Vertrags, da sie die Arbeitskraft nur in Verbindung mit dem vertraglichen Anspruch auf das versprochene Entgelt als Vermögensbestandteil anerkennen wollen. Diese Auffassung resultiert aus der Annahme, die Arbeitskraft als solche sei Bestandteil der Persönlichkeit und mit dieser untrennbar verbunden. Sie könne deshalb nicht selbständig, d.h. unabhängig von einem vertraglichen Anspruch auf die Gegenleistung Gegenstand des geschäftlichen Verkehrs sein. Ein Vermögensschaden trete immer nur ein durch den Verlust oder die Gefährdung des Anspruchs auf das vertraglich versprochene Entgelt²⁾. Wieder andere, die ebenfalls eine wirksame vertragliche Bindung fordern, begründen ihre Auffassung damit, dass der Getäuschte infolge der vertraglichen Bindung an den Täter andere Verdienstmöglichkeiten verliert³⁾.

Da diese letzte Auffassung einen Verzicht auf das Erfordernis der Stoffgleichheit zwischen Schaden und Vorteil bedeutet, ist sie abzulehnen⁴⁾. Aber auch die Auffassung, die die Arbeitskraft nur in Verbindung mit einem vertraglichen Anspruch auf das versprochene Entgelt als Vermögensbestandteil anerkennt, kann unter Zugrundelegung der wirtschaftlich-tatsächlichen Betrachtungsweise nicht aufrechterhalten werden. Denn Gegenstand des vermögensrechtlichen Verkehrs sind danach nicht nur Sachgüter, sondern auch Dienstleistungen, die gekauft und verkauft werden, also selbständig den Gegenstand bedeutsamer Privatrechtsgeschäfte bilden.

1) So Schönke-Schröder 263 VII 1c; Mezger, S.179; Maurach, S.287; Hirschberg, S.328; Niethammer, S.268.

2) So Gerloff, S.19ff.

3) So RG 68,380; Eckstein GA 58,77/78.

4) Schönke-Schröder 263 VII 1c.

Für den vermögensrechtlichen Verkehr hat die Arbeitskraft als solche also selbständige Bedeutung und ist insoweit nicht unlösbar Bestandteil der Persönlichkeit. Die Tatsache, dass es einen "Arbeitsmarkt" gibt, auf dem Arbeitskraft angeboten und nachgefragt wird, darf das Strafrecht nicht ignorieren. Bei wirtschaftlich-tatsächlicher Betrachtungsweise ist deshalb die Arbeitskraft als solche ebenso wie Sachgüter als Handelsgut anzusehen, so dass es für die Feststellung ihres Vermögenswertes sowenig auf das Vorhandensein eines vertraglichen Anspruchs auf Entlohnung ankommen kann, wie sich der Wert eines verkauften Sachgutes nach dem Vorhandensein eines gültigen Kaufpreisanspruchs richtet. Wie wenig die Auffassung, die Arbeitskraft komme nur in Verbindung mit einem vertraglichen Anspruch auf das versprochene Entgelt als möglicher Gegenstand des Betrugs in Betracht, gerade vom wirtschaftlichen Standpunkt aus zu überzeugen vermag, erkennt man besonders deutlich bei jenen Fällen, in denen zwar der Vertrag, auf Grund dessen die Arbeitsleistung erfolgt, nichtig ist, der die Arbeit Leistende aber einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger der Dienstleistung erwirbt. Es sind dies die Fälle, in denen die Nichtigkeit des Dienstvertrags auf den §§ 105, 108 BGB beruht oder in denen ein ursprünglich gültiger Vertrag nachträglich mit ex tunc - Wirkung vernichtet wurde. Wenn in diesen Fällen das bürgerliche Recht einen Bereicherungsanspruch gewährt, so bedeutet das, dass für das bürgerliche Recht der Vermögenswert der Arbeitskraft als solcher nicht zweifelhaft ist. Da also sogar das BGB den Vermögenswert der Arbeitskraft als solcher bei nichtigem Vertrag anerkennt, so muss das Strafrecht vom wirtschaftlichen Standpunkt aus erst recht den Vermögenswert der Arbeitskraft als solcher, d.h. unabhängig vom Vorhandensein eines vertraglichen Anspruchs auf Entlohnung anerkennen. Die Vertreter der Auffassung, die Arbeitskraft komme nicht selbständig als Vermögensbestandteil in Betracht, müssen aber selbst in diesen Fällen, in denen sogar das BGB den Vermögenswert der Arbeitskraft nicht für zweifelhaft befindet, eine vermögenswerte Aufwendung des Getäuschten verneinen, selbst wenn sie - wie Gerloff aaO. - im übrigen ausdrücklich vom

wirtschaftlichen Vermögensbegriff ausgehen.

Unsere Auffassung, die Arbeitskraft als solche stelle ebenso wie Sachgüter einen Vermögenswert dar, so dass die Möglichkeit, als Gegenstand des Betrugs in Betracht zu kommen, nicht vom Vorhandensein eines vertraglichen Anspruchs auf Entlohnung abhängig ist, bedeutet nun keineswegs, dass jede x-beliebige Tätigkeit eine vermögenswerte Aufwendung darstellt und damit als möglicher Gegenstand des Betrugs in Frage kommt. Denn der Vermögenswert der Arbeitskraft als solcher kann nicht unabhängig von ihrer Geeignetheit zu Erwerbszwecken bemessen werden. So wie nur solche Sachgüter als Handelsobjekt in Betracht kommen und damit zum Vermögen zu rechnen sind, denen ein wirtschaftlicher Wert beizumessen ist, so kommt die Arbeitskraft als solche nur insoweit als Bestandteil des Vermögens und mithin als möglicher Gegenstand des Betrugs in Frage, als sie zu Erwerbszwecken geeignet ist, weil ihr nur in diesem Falle ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Zu Erwerbszwecken geeignet, d.h. wirtschaftlich verwertbar ist die Arbeitskraft als solche, "soweit sie im Wirtschaftsleben unter Umständen zur Verfügung gestellt wird, die eine Leistung gegen Entgelt bedingen"¹⁾. Mithin befinden wir uns in Übereinstimmung mit den Autoren, die die wirtschaftlich verwertbare Arbeitskraft als solche ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines vertraglichen Anspruchs auf die Gegenleistung als Vermögensbestandteil anerkennen²⁾.

Als Ergebnis unserer Untersuchung halten wir fest:

Die Arbeitskraft als solche ist insoweit Bestandteil des Vermögens und damit möglicher Gegenstand des Betrugs, als sie wirtschaftlich verwertbar ist, d.h. "im Wirtschaftsleben unter Umständen zur Verfügung gestellt wird, die eine Leistung gegen Entgelt bedingen". Darauf, ob der die Arbeit Leistende einen vertraglichen Anspruch auf den verabredeten Lohn erwirbt, kommt es nicht an.

1) Schönke-Schröder 263 VII 1c;

2) Vgl. Schönke-Schröder 263 VII 1c; Mezger, S.179; Maurach, S.287; Hirschberg, S.328; Niethammer, S.268.

b) Stellen unsittliche oder verbotene Dienstleistungen eine vermögenswerte Aufwendung dar?

Von hier aus erhebt sich nun die weitere Frage, ob ein Unterschied zu machen ist zwischen dem Einsatz der Arbeitskraft zu erlaubten und allgemein gebilligten Zwecken und der Verwendung der Arbeitskraft zu unsittlichen oder verbotenen Zwecken. Ist es möglich, dass auch die Verwendung der Arbeitskraft zu unsittlichen oder verbotenen Zwecken eine vermögenswerte Aufwendung darstellt?

Wir haben gesehen, dass es nicht darauf ankommt, ob der die Arbeit Leistende einen vertraglichen Anspruch auf die versprochene Gegenleistung erlangt, sondern bei Beantwortung der Frage nach dem Vermögenswert der Arbeitskraft nur darauf abzustellen ist, ob sie "unter Umständen zur Verfügung gestellt wird, die eine Leistung gegen Entgelt bedingen". Daraus folgt, dass auch die Verwendung der Arbeitskraft zu unsittlichen oder verbotenen Zwecken eine vermögenswerte Aufwendung darstellt, sofern die Arbeit unter Umständen geleistet wird, die eine Leistung gegen Entgelt bedingen¹⁾²⁾, denn was diese Fälle von den andern, nicht verworflichen Fällen einer Arbeitsleistung unterscheidet, ist nur die Tatsache, dass es an einem wirksamen Anspruch auf die vorgepiegelte Gegenleistung fehlt - und darauf kommt es, wie wir im Vorhergehenden gezeigt haben, für die strafrechtliche Beurteilung gerade nicht an.

-
- 1) Auch Gerloff (S.19ff) führt aus, dass unsittliche und verbotene Dienstleistungen als möglicher Gegenstand des Betrugs anerkannt werden müssen, wenn man auf das Erfordernis der vertraglichen Bindung der Arbeitskraft verzichte.
 - 2) Diese Konsequenz, dass auch gesetz- oder sittenwidrige Dienstleistungen eine vermögenswerte Aufwendung darstellen können, müssten alle Vertreter der Auffassung, dass es für den Vermögenswert der Arbeitskraft als solcher nicht auf ihre Verwendung im Rahmen eines gültigen Vertrags ankommt, ziehen. Sie tun es merkwürdigerweise aber nicht, sondern betonen zum Teil ausdrücklich, dass unsittliche oder verbotene Dienstleistungen keine vermögenswerte Aufwendung darstellen. (Schönke-Schröder 263 VII 3a; Jagusch LK 263 Anm.5; Daleke-Schäfer 263 Anm.7e).

Die durch die Vorspiegelung einer Entlohnung veranlasste, zu Erwerbszwecken erfolgende unsittliche oder verbotene Arbeitsleistung, die der Leistende ohne das Versprechen eines Entgelts nicht erbracht hätte, bedeutet mithin eine auf der Vorspiegelung beruhende vermögensschädigende Verfügung des Leistenden, wenn schon im Augenblick der Leistung nicht mit einer wirtschaftlich äquivalenten Gegenleistung zu rechnen war, was immer dann der Fall ist - wie es die in der 3. Gruppe zusammengefaßten Beispielsfälle voraussetzen - wenn die Täuschung schon bei Vertragsschluss verübt wird.

c) Weitere Beleuchtung des Problems an Hand von
Beispielsfällen.

Wir haben im Vorhergehenden dargelegt, dass eine Vermögensverfügung auch in der Leistung unsittlicher oder verbotener Dienstleistungen bestehen kann und dass durch diese Vermögensverfügung immer dann ein Vermögensschaden entsteht, wenn der Verfügende schon bei Abschluss des Vertrags getäuscht wurde, da bereits in diesem Augenblick keine Aussicht auf Erfüllung der vom Täuschenden zugesagten Gegenleistung bestand. Daraus folgt, dass die in die dritte Gruppe gehörenden Fälle den objektiven Tatbestand des Betrugs erfüllen, da bei ihnen eine Vermögensverfügung durch die Leistung unsittlicher oder verbotener Dienste getroffen wird, die einen Vermögensschaden zur Folge hat, da die Täuschung in diesen Fällen stets bei Abschluss des Vertrags verübt wird. Mit der Feststellung, dass die in der dritten Gruppe zusammengefassten Fälle objektiv tatbestandsmässig sind, haben wir aber noch keine vollständige Antwort auf die Frage gegeben, ob in diesen Fällen der Täter wegen Betrugs strafbar ist. Es bedarf vor allem noch einer Erörterung der Frage, ob der Täter in der Absicht handelte, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, denn nur dann ist der Tatbestand auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

Um die Problematik weiter zu beleuchten, erscheint uns insbesondere wichtig, die praktische Anwendung der im Vorhergehenden gewonnenen Erkenntnisse an Hand von Beispielsfällen zu demonstrieren. Dabei erachten wir vor allem eine nähere Erörterung des Falles für notwendig, in dem eine Dirne vorgefasster Absicht gemäss von ihrem Freier nicht bezahlt wurde; denn gerade hinsichtlich dieses Falles, der bisher als einziger der in die dritte Gruppe gehörenden Fälle Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung war, gilt es, auf Verwechslungen hinzuweisen, die die rechtliche Beurteilung, die er bisher in Rechtsprechung und Literatur erfahren hat, entscheidend beeinflussten. Zweckmässig erscheint es aber auch, daneben einige Fälle zu

erörtern, die nicht nur unsittliche, sondern strafgesetzmäßig verbotene Dienstleistungen zum Gegenstand haben, um der Gefahr vorzubeugen, dass die gleichen Missverständnisse, die der richtigen Erfassung des Dirnenfalls bisher im Wege standen, auch Anlass zu Zweifeln an der Möglichkeit eines Betrugs hinsichtlich dieser Fälle geben. Bei der folgenden Erörterung der Beispielsfälle wird sich zugleich Gelegenheit zur Beantwortung der Frage bieten, worin bei den in der dritten Gruppe zusammengefassten Fällen der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil besteht.

Wenden wir uns zunächst dem einleitend erwähnten Fall zu, in dem eine Dirne den Geschlechtsverkehr gewährte in der Annahme, Bezahlung dafür zu erlangen, während ihr Freier von vornherein beabsichtigte, den vereinbarten Lohn schuldig zu bleiben.

Es hat der Erörterung, die dieser Fall in Rechtsprechung und Literatur erfahren hat, ausserordentlich geschadet, dass er oft mit dem andern Fall zusammengeworfen wurde, in dem nicht die geschlechtliche Hingabe auf einer Täuschungshandlung des Freiers beruht, sondern die Täuschung erst bei Erfüllung des nichtigen Anspruchs verübt wird¹⁾, also nicht scharf genug zwischen Eingehungs- und Erfüllungsbetrug unterschieden worden ist. Voraussetzung für die Klärung der Frage, ob auch der geschlechtlichen Preisgabe ein in Geld zu veranschlagender Wert zukommt, ist aber eine klare Unterscheidung der beiden Fälle. In dem vorliegenden Fall ist die unsittliche Dienstleistung das Angriffsobjekt und nicht die nichtige Forderung auf das verabredete Entgelt.

Da in unserem Fall mithin nicht der Anspruch auf den versprochenen Lohn den Gegenstand des Betrugs darstellt und es nach der hier vertretenen Auffassung für den Vermögenswert einer Arbeitsleistung auch nicht darauf ankommt, ob der die Arbeit Leistende einen rechtsgültigen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt erwirbt, ist die Nichtigkeit des Geschäfts in diesem Zusammenhang völlig belanglos. Das Vorliegen einer Vermögens-

1) Also einem Fall, der erst in die nächste Gruppe gehört. Es ist ein Hauptmangel der Entscheidung BGH 4,373, dass aus ihr nicht deutlich hervorgeht, ob die Täuschung bei Vertragsschluss oder erst bei Erfüllung des nichtigen Anspruchs verübt wurde. Deshalb ist nicht klar ersichtlich, ob der Fall in die 3. od. 4. Fallgruppe gehört.

beschädigung kann deshalb unmöglich mit dem Hinweis auf die Nichtigkeit des Anspruchs auf das für die Arbeitsleistung vereinbarte Entgelt verneint werden, wie es z.B. Gerloff aaO. versucht. Um den Fall richtig und unvoreingenommen beurteilen zu können, ist es erforderlich, dass man sich von jeder moralisierenden Betrachtungsweise frei macht und allein die wirtschaftlich-tatsächliche Seite ins Auge fasst. Denn gerade bei der Erörterung der Fälle, die unsittliche oder verbotene Dienstleistungen zum Gegenstand haben, läuft man Gefahr, dass moralische Gesichtspunkte die Erörterung der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung entscheidend beeinflussen und somit einer unbefangenen Beurteilung entgegenstehen. Betrachten wir den Fall vom wirtschaftlich-tatsächlichen Standpunkt aus und lassen wir moralische Gesichtspunkte als Grundlage der Beurteilung beiseite, so kann der geschlechtlichen Hingabe der Dirne nicht jeder in Geld zu veranschlagende Wert abgestritten werden.

Da - wie sich aus den vorhergehenden Ausführungen unmittelbar ergibt - davon auszugehen ist, dass der schadenbegründende Vorgang einzig und allein in der Vorleistung des Getäuschten und nicht in dem Ausbleiben der nicht zu beanspruchenden Gegenleistung (der Geldzahlung) gesehen werden kann, kann die einschlägige Entscheidung RG 27,300 in diesem Zusammenhang nicht zur Gegenargumentation herangezogen werden, da sie auf der im Anschluss an RG 19,186 in der damaligen höchststrichterlichen Rechtsprechung herrschenden Auffassung fußt und allein auf das Ausbleiben der nicht zu beanspruchenden Gegenleistung abstellt, die Frage, ob dem Geschlechtsverkehr ein in Geld zu veranschlagender Wert zukommt, aber völlig unberührt lässt.

Aber auch die Entscheidung BGH 4,373, auf die wir früher bereits hingewiesen haben und in der die Frage, ob die Gewährung des Geschlechtsverkehrs eine in Geld zu veranschlagende, also vermögenswerte Aufwendung darstellt, negativ entschieden wurde, vermag unsere Auffassung nicht zu widerlegen, zumal der BGH eine nähere Begründung seiner Ansicht vermissen lässt. Die Ansicht des BGH wäre allenfalls unter Zugrundelegung der von uns oben abgelehnten Auffassung zu rechtfertigen, wonach die Arbeitskraft

nur in Verbindung mit einem vertraglichen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt als Vermögensbestandteil in Betracht kommen soll.¹⁾ Vom wirtschaftlich-tatsächlichen Standpunkt aus ist die Auffassung des BGH, dem Geschlechtsverkehr komme kein in Geld zu veranschlagender Wert zu, nicht aufrechtzuhalten, weil es unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten für die Beantwortung der Frage nach dem Vermögenswert einer Dienstleistung nur darauf ankommt, ob sie unter Umständen erbracht wird, die eine Leistung gegen Entgelt bedingen. Dass die Geschlechtshingabe der Dirne nur zu Erwerbszwecken erfolgt, also unter Umständen, die eine Leistung gegen Entgelt bedingen und deshalb vom wirtschaftlichen Standpunkt aus eine vermögenswerte Aufwendung darstellt, kann nur leugnen, wer die Augen vor der Wirklichkeit verschliesst. Daher stellt die Geschlechtshingabe in unserem Fall ebenso eine vermögenswerte Dienstleistung dar wie die Schaustellung des Körpers in einer Revue oder die Vorführung eines Boxkampfes²⁾.

Dass aber nicht nur unsittliche, sondern auch durch strafgesetzliche Normen verbotene Dienstleistungen eine vermögenswerte Aufwendung darstellen können, wird an folgenden - ebenfalls einleitend erwähnten - Beispielen deutlich: Ein Arzt, der Abtreibungen gegen Entgelt vornimmt, ein Schlosser, der unter erheblichem Arbeitsaufwand ein kompliziertes Einbruchswerkzeug herstellt, oder ein Transportunternehmer, der weite Lkw-Fahrten zum Abtransport von Diebesgut unternimmt, werden vom Auftraggeber vorgefasster Ansicht gemäss nicht bezahlt. Auch hier sei vorweg darauf hingewiesen, dass der Vermögenswert der Dienstleistungen, die in der Vornahme der Abtreibung, der Herstellung des Verbrechenswerkzeuges sowie in der Unternehmung von weiten Lkw-Fahrten bestehen, ebensowenig wie im vorhergehenden Fall mit dem Hinweis auf die Nichtigkeit des Anspruchs auf das vereinbarte Entgelt verneint werden kann, da die Täuschung bei Abschluss des

1) Der BGH hält aber in 4,373 an dem von BGH 2,364 für richtig befundenen wirtschaftlichen Vermögensbegriff fest, indem er sich auf diese Entscheidung beruft.

2) Kohlhaas JR 54,98

Vertrags verübt wurde, mithin nicht die nichtige Forderung auf den versprochenen Lohn, sondern die verbotene Dienstleistung das Angriffsobjekt darstellt und es für den Vermögenswert einer Dienstleistung nicht darauf ankommt, ob ein rechtsgültiger Anspruch auf Entlohnung entstanden ist.

Das gerade bei diesen Fällen, die strafgesetzlich verbotene Dienstleistungen zum Gegenstand haben, moralische Bedenken im Vordergrund stehen und nur sehr schwer zu überwinden sind, liegt auf der Hand. Das darf ebensowenig wie im vorhergehenden Fall dazu führen, diese Fälle mit getrübttem Blick zu betrachten oder sie gar von vornherein jeder vermögensstrafrechtlichen Beurteilung zu entziehen. Machen wir uns deshalb auch hier wieder frei von moralischen Gedankengängen und gehen wir auch bei der Beurteilung der vorliegenden Fälle wieder von der wirtschaftlich-tatsächlichen Betrachtungsweise aus. Dann kann nicht bezweifelt werden, dass in unseren Fällen die auf Erwerb gerichteten Dienstleistungen vermögenswerte Aufwendungen darstellen, obwohl sie unter strafgesetzlichem Verbot stehen. Denn - hierauf haben wir schon wiederholt hingewiesen - nach der wirtschaftlich-tatsächlichen Betrachtungsweise kommt es für die Feststellung, ob die Erbringung von Dienstleistungen vermögenswerte Aufwendungen darstellt, nur darauf an, ob die Dienstleistungen unter Umständen erbracht werden, die eine Leistung gegen Entgelt bedingen. Das Strafgesetz vermag nicht die wirtschaftlich-tatsächliche Bedeutung, die derartige verbotene Dienste für die Beteiligten haben, zu beeinflussen, sondern regelt nur die strafrechtlichen Folgen, die sich aus einem Verstoß gegen die geltenden strafgesetzhchen Normen ergeben. Nimmt ein Arzt eine unerlaubte Schwangerschaftsunterbrechung vor, so wird er dabei nicht weniger sorgfältig vorgehen als bei einer erlaubten Unterbrechung; es wird ihn den gleichen Aufwand an Zeit und Mühewaltung kosten. Genau so verhält es sich mit dem Schlosser und dem Kraftfahrer; auch für sie ist der tatsächliche Aufwand der gleiche, ob es sich nun um die Herstellung eines Brechwerkzeugs zu Einbruchszwecken bzw. den Abtransport von Diebesgut oder die Herstellung des gleichen Werkzeugs für einen rechtschaffenen Bauhandwerker bzw.

den Abtransport von reell erworbener Ware handelt. Der Unterschied besteht nur darin, dass in den Fällen der erlaubten Abtreibung, der Herstellung des Brechwerkzeugs für den Bauhandwerker und des Abtransports der reell erworbenen Ware das bürgerliche Recht einen Anspruch auf Entlohnung gewährt, während in den anderen Fällen das bürgerliche Recht einen solchen Anspruch versagt; auf die Frage, ob nach bürgerlichem Recht ein Anspruch auf Entlohnung besteht, kommt es für unser Problem aber gerade nicht an, da der Vermögenswert einer Dienstleistung nicht von der Erlangung eines Anspruchs auf Entlohnung abhängt. Mithin stellen eine verbotene Abtreibung, die gegen das Versprechen einer Entlohnung ausgeführt wird, ebenso wie eine erlaubte Abtreibung, die Anfertigung eines Brechwerkzeugs für einen rechtschaffenen Handwerker, der Abtransport von Diebesgut ebenso wie der Abtransport reell erworbener Ware, vermögenswerte Aufwendungen dar.

Da nach der von uns vertretenen wirtschaftlich-objektiven Theorie - wird die Täuschung bei Abschluss des Vertrags verübt - eine Vermögensbeschädigung stets anzunehmen ist, wenn eine vermögenswerte Aufwendung des Getäuschten nicht gleichzeitig durch einen Wertzuwachs kompensiert wird, liegt in den von uns untersuchten Beispielsfällen, sowohl im Fall der geschlechtlichen Preisgabe der Dirne als auch in den andern Fällen, eine Vermögensbeschädigung der Getäuschten vor. Sowohl die Dirne als auch der Abtreiber und die übrigen Verbrechensgehilfen haben auf Grund der Täuschung einen Vermögensschaden erlitten, da sie infolge der Vorspiegelung, den vereinbarten Lohn zu entrichten und des dadurch verursachten Irrtums über den animus solvendi des Täters eine vermögenswerte Aufwendung gemacht haben, ohne bereits im Zeitpunkt der Leistung Aussicht auf Erlangung eines wirtschaftlichen Äquivalents zu haben¹⁾.

1) Es sei auch darauf hingewiesen, dass in der Regel neben der unsittlichen oder verbotenen Dienstleistung Sachaufwendungen gemacht werden, die nicht ohne die Vorspiegelung der Zahlung des versprochenen Entgelts gemacht worden wären. Z.B. die Dirne fährt mit einem Taxi zum Rendez-vous, der abtreibende Arzt verwendet Medikamente usw. Insbesondere fallen Sachaufwendungen ins Gewicht in den Fällen, in denen der Schlosser ein Einbruchswerkzeug anfertigt oder der Kraftfahrer weite Lkw-Fahrten zum Abtransport von Diebesgut unternimmt.

Für die Feststellung einer Vermögensbeschädigung durch die Erbringung von Dienstleistungen bedarf es nach h.M. dabei nicht des Nachweises, dass der Getäuschte in der fraglichen Zeit einen anderweitigen Erwerb gemacht hätte¹⁾.

Ist somit festzustellen, dass in objektiver Hinsicht der Tatbestand des Betrugs erfüllt ist, wenn beispielsweise eine Dirne, ein Abtreiber oder ein sonstiger Verbrechensgehilfe gegen das Versprechen einer Entlohnung ihre Dienste leisten und dann vorgefasster Absicht entsprechend nicht bezahlt werden, so bleibt noch zu prüfen, ob in derartigen Fällen der Täter einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erstrebt, denn der Betrugstatbestand erfordert in subjektiver Hinsicht neben Vorsatz die Absicht des Täters auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils. Für unsere Beispielfälle stellt sich deshalb weiter die Frage, ob der Geschlechtsverkehr sowie die Erlangung verbrecherischer Dienste für den Täschenden einen Vermögensvorteil darstellen.

Unter Vermögensvorteil i.S. des § 263 ist jede bei wirtschaftlicher Betrachtung günstigere Gestaltung der Vermögensverhältnisse zu verstehen²⁾. Deshalb bedeutet auch die Ersparnis eines pekuniären Aufwands einen Vermögensvorteil. ~~Mithin~~ sind die Täter in unseren Fällen durch den Fortfall eines pekuniären Aufwands bereichert, wenn sie die Dienstleistungen nicht ohne die Vorspiegelung einer beabsichtigten Entlohnung unentgeltlich erlangt hätten.

Zweifelloos stellt die Erlangung des Geschlechtsverkehrs dann keinen Vermögensvorteil für den Freier dar, wenn die Hingabe auf rein ideellen Gründen beruht. Vorliegend haben wir es aber im Fall der geprellten Dirne mit käuflichen Geschlechtsbeziehungen zu tun, gewissermassen mit der kommerzialisierten Intimsphäre, die Gegenstand des Geschäftsverkehrs ist und der daher ein

1) Welzel, S.302; Gerloff, S.23; a.A. Eckstein in GA 58,77/78.

2) Maurach, S.293; Welzel, S.318; Schönke-Schröder 263 VIII,2 und die h.L.

in Geld zu veranschlagender Wert zukommt¹⁾. Wer eine Dirne freit, fordert und erhält für Geld körperliche Dienstleistungen, die er ohne Geld nicht erhalten würde²⁾. Der Vermögensvorteil des Freiers, der die Dirne vorgefasster Absicht gemäss nicht bezahlt, besteht demgemäss darin, dass er eine Leistung verlangt, die er ohne die Täuschung über seine Zahlungsbereitschaft nicht unentgeltlich erlangt hätte, also darin, dass er den durch den Geschlechtsverkehr erzielten sinnlichen Genuss unter Ersparung eigener vermögenswerter Aufwendungen erlangt hat, während er ihn ohne Täuschung nur durch die Zahlung des vereinbarten Entgelts erlangt hätte.

Dass auch ein sinnlicher Genuss einen Vermögensvorteil darstellen kann, sofern er im Einzelfall nur gegen Geld oder andere vermögenswerte Leistungen erhältlich ist, wird durchweg anerkannt; sonst wäre ein Zechbetrug unmöglich³⁾. Denn der Vermögensvorteil beim Zechbetrug besteht in nichts anderem als in der Erlangung eines sinnlichen Genusses unter Ersparung eigener vermögenswerter Aufwendungen. Zwar besteht zwischen dem Alkoholgenuss und dem Geschlechtsverkehr ein ethisch grosser, für die hier interessierende Frage besteht aber kein Unterschied, denn bei wirtschaftlicher Betrachtung unterscheidet sich das Erschwindeln eines feuchtfröhlichen Abends in vermögensrechtlicher Hinsicht nicht vom Erschwindeln einer Liebesnacht⁴⁾, da in unserem Beispielsfall der Geschlechtsverkehr ebenso wie der Alkoholgenuss nur gegen Geld erhältlich ist.

Ebenso wie im Dirnenfall der vom Täter erstrebte Vorteil in der Ersparung eigener vermögenswerter Leistungen zu erblicken ist, ist auch in den übrigen Beispielsfällen der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil in der Ersparung einer Vermögensauf-

1) So auch Kohlhaas JR 54,97 und Franzheim GA 60,271; aa.BGH 4,373; Maurach, S.287 und die h.L. Die Gegner unserer Auffassung verkennen, dass die Erlangung des Geschlechtsverkehrs auch einen materiellen Vorteil darstellen kann. Wer in der Erlangung des Geschlechtsverkehrs nur einen immateriellen Vorteil sieht, ignoriert die Tatsache, dass er in vorliegendem Fall nur gegen Geld erhältlich und mithin nicht immaterieller Art ist.

2) Kohlhaas JR, 54,97. 3) Kohlhaas a.a.O.

4) Kohlhaas, a.a.O.

wendung zu sehen, die er ohne Täuschung hätte machen müssen, wollte er den gleichen Erfolg erzielen.

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils gelten die zu den vorhergehenden Fallgruppen gemachten Ausführungen. Der vom Täuschenden erstrebte Vermögensvorteil ist sowohl nach der Auffassung des RG und der h.L. als auch nach der Auffassung, die darauf abstellt, ob der erstrebte Vorteil nach der Volksanschauung oder dem Sittengesetz als Unrecht erscheint, rechtswidrig.

Damit ist in unseren Beispielsfällen auch der subjektive Tatbestand erfüllt, und wir können feststellen, dass sowohl das Prellen einer Dirne als auch das Prellen eines gewerbsmässigen Verbrechers oder Verbrechensgehilfen, die beide vorgefasster Absicht gemäss nicht bezahlt werden, Betrug darstellt.

Gegen das Ergebnis ist nicht einzuwenden, dass durch die Annahme eines Betrugs ein Anspruch auf die Bezahlung über § 823, II BGB entsteht, den das Zivilrecht gerade ausschliessen will. Die Frage interessiert nur den Zivilisten. Sieht man in den §§ 134, 138, 817 BGB das tragende Prinzip, so ist dieses Problem auch für das Zivilrecht gelöst.

Fassen wir das Ergebnis unserer Untersuchung zusammen:

Entgegen der h.L. stellen auch unsittliche und verbotene Dienstleistungen eine vermögenswerte Aufwendung dar, sofern sie unter Umständen erbracht werden, die eine Leistung gegen Entgelt bedingen. Das bedeutet, dass auch unsittliche und verbotene Dienstleistungen als möglicher Gegenstand des Betrugs in Betracht kommen.

Stellt im konkreten Fall die Erbringung einer gesetz- oder sittenwidrigen Dienstleistung eine vermögenswerte Aufwendung dar, so besteht der Vermögensschaden des Getäuschten darin, dass er eine geldwerte Leistung erbracht hat, ohne dass im Zeitpunkt der Leistung Aussicht auf Erlangung des versprochenen Lohns bestand. Der Vermögensvorteil des Täuschenden besteht dementsprechend darin, dass er eine geldwerte Leistung erlangt hat, die er ohne die Erbringung einer eigenen Vermögensleistung niemals erlangt hätte, hätte er nicht das Mittel der Täuschung angewandt.

4. Fallgruppe:

Ist es Betrug, wenn jemand um die Erfüllung einer wegen
Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Forderung ge-
prellt wird?

Bei den in der vierten Gruppe zusammengefassten Fällen handelt es sich um das allgemeine Problem, ob auch wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderungen Gegenstand des Betrugs sein können, denn in diesen Fällen sind es nicht Sachwerte oder Dienstleistungen, die abgeschwindelt werden, sondern Täuschung und Irrtumserregung bezwecken die Vereitelung der Realisierung einer nichtigen Forderung. Die Täuschung wird erst bei Erfüllung des wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Anspruchs verübt und nicht, wie in den vorhergehenden Fällen, schon bei Abschluss des Vertrags¹⁾. Um auch hier die Untersuchung fasslicher zu gestalten, erscheint es zweckmässig, sie wieder an einigen Beispielsfällen zu orientieren. Deshalb wollen wir drei der von uns eingangs angeführten Beispielsfälle herausgreifen, an denen die Problematik besonders deutlich hervortritt, um sie unserer Untersuchung voranzustellen.

- a) Einer von zwei auf Halbpant arbeitenden Diebe verkauft die Beute und spiegelt seinem Komplizen bei der Teilung des Erlöses vor, eine geringere Summe für den Verkauf der Beute erzielt zu haben, als es den Tatsachen entspricht.
- b) Ein Schwarzhändler veranlasst seinen Vertragspartner durch die Vorspiegelung, seinem Zweitabnehmer ein Lösegeld bezahlen zu müssen, eine nichtige Schwarzmarktforderung zu ermässigen.
- c) Ein Falschgeldhändler wird seinerseits vom Käufer absichtlich mit Falschgeld bezahlt.

1) Wieso das nach Maurach, S.291, ein Eingehungsbetrug sein soll, ist nicht einzusehen, denn die Täuschung wird doch bei Erfüllung des Vertrags verübt. Deshalb handelt es sich um einen Erfüllungsbetrug (so auch Hirschberg, S.331).

a) Die Vermögensverfügung durch Unterlassen.

Während die zum objektiven Tatbestand des Betrugs gehörenden Merkmale der Täuschung und Irrtumserregung unproblematisch sind, ergibt sich bei der Feststellung des ebenfalls zum objektiven Tatbestand gehörenden ungeschriebenen Merkmals der Vermögensverfügung gegenüber den im Vorhergehenden untersuchten Fällen eine Besonderheit, da es in den vorliegenden Fällen nicht auf die Weggabe substantieller Vermögenswerte oder die Erbringung von Dienstleistungen ankommt. Denn das Angriffsobjekt des Betrugs ist hier eine Forderung, also etwas Abstraktes, d.h. etwas, dem es an der Gegenständlichkeit mangelt.

Über eine Forderung kann beispielsweise i.S. des bürgerlichen Rechts verfügt werden durch Abtretung, Erlass usw. Der Begriff der Vermögensverfügung i.S. des § 263 StGB ist aber nicht an die Begriffsbestimmung des bürgerlichen Rechts gebunden, sondern ist ein spezifisch strafrechtlicher Begriff¹⁾.

Nach heute h.L. ist unter Vermögensverfügung i.S. des § 263 StGB jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten zu verstehen, das eine Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne unmittelbar zu bewirken geeignet ist²⁾. Daraus folgt, dass auch das Unterlassen der Geltendmachung einer Forderung auf Grund eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung i.S. des § 263 StGB darstellen kann³⁾. Unterlässt es der Getäuschte, den Schuldner in voller Höhe in Anspruch zu nehmen, und ihn in geeigneter Weise zur Erfüllung anzuhalten, mit anderen Worten, wird der Getäuschte zur vorbehaltlosen Annahme einer Leistung als Erfüllung bestimmt, welche hinter der wirklich geschuldeten Leistung zurückbleibt, so trifft er dadurch eine Vermögensverfügung im Sinne des Betrugstatbestands.

1) h.L. Vgl. Görgen, S.17 ff.

2) Maurach, S.280; Welzel, S.314 u.v.a. Vgl. eingehend Görgen, S.8 ff.

3) Vgl. Görgen, a.a.O.

Von hier aus fällt es nun nicht mehr schwer, festzustellen, worin bei den unserer Betrachtung vorangestellten Fällen die Vermögensverfügung der Getäuschten besteht. Der getäuschte Diebesgenosse, den der mit dem Verkauf der Beute beauftragte Mitdieb bei der Teilung des Erlöses übers Ohr haut, unterlässt es, seinen Anspruch in voller Höhe gegen den Mitdieb zu verfolgen und trifft dadurch eine Verfügung über seine Forderung gegen den Mitdieb. Der getäuschte Falschgeldhändler, der glaubt, echtes Geld für sein Falschgeld zu erhalten, nimmt das Falschgeld des Käufers vorbehaltlos als Erfüllung an und unterlässt es, den Vertragspartner zur Erfüllung in echtem Geld zu veranlassen, wodurch er ebenfalls über seinen Anspruch verfügt. Der Schwarzhändler schliesslich trifft eine Vermögensverfügung über seine Schwarzmarktforderung, indem er sie teilweise erlässt.

b) Der Vermögensschaden.

Die Frage, ob durch die Verfügung über ihre Forderungen dem getäuschten Diebesgenossen, dem Schwarzhändler und dem Falschgeldhändler ein Vermögensschaden entstanden ist, ist in Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten, da es sich um nichtige Forderungen handelt, die den Gegenstand des betrügerischen Verhaltens bilden, und man in Bezug auf die Zugehörigkeit nichtiger Forderungen zum Vermögen i.S. des § 263 StGB noch keine Klarheit gewonnen hat. Wir haben früher schon darauf hingewiesen, dass die Antwort auf die Frage, ob auch nichtige Forderungen zum Vermögen gehören und damit Gegenstand des Betrugs sein können, verschieden ausfällt, je nachdem, von welchem Vermögensbegriff man ausgeht. Geht man von den Vermögensauffassungen aus, die eine irgendwie geartete juristische Vorformung des Angriffsobjekts verlangen, so kann eine wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderung unmöglich Bestandteil des Vermögens und mithin niemals Gegenstand des Betrugs sein. Unter Vermögen i.S. des § 263 StGB sind aber nach der hier vertretenen rein wirtschaftlichen Vermögens Theorie nicht nur irgendwie juristisch vorgeformte Werte zu verstehen, sondern Vermögen ist die Summe der geldwerten Güter einer Person. Jede wirtschaftliche Position, die mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lässt, ist daher Vermögensbestandteil.

Das bedeutet, dass nicht nur bürgerlich-rechtlich anerkannte Forderungen zum Vermögen zu rechnen sind, sondern auch Forderungen, denen von der bürgerlichen Rechtsordnung die Anerkennung versagt ist, sofern sie vom rein wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet einen Vermögenszuwachs mit Wahrscheinlichkeit erwarten lassen¹⁾²⁾³⁾.

- 1) Dass auch nichtige Forderungen unter Umständen einen wirtschaftlichen Wert repräsentieren, können auch die Verfechter des jur. und jur.-ökon. Vermögensbegriffes nicht leugnen. Vgl. Nagler, der ausdrücklich anerkennt, dass auch nichtigen Forderungen zuweilen ein wirtschaftlicher Wert zukommt (LK 24 Vorb. II). Ebenso Hirschberg, S.331.
- 2) Eckstein GA 58,76. "Eine Nichtforderung im Rechtssinne ist es noch nicht im wirtschaftlichen Sinne. Einer Nichtforderung, deren Erfüllung u. Nichtrückforderung sicher ist, ist...ganz sicher ein Vermögensbestandteil u. folglich möglicher Gegenstand eines Betrugs".
- 3) RG 63,191.

Das RG erkannte dagegen - worauf wir früher schon hingewiesen haben - in der vielzitierten Entscheidung RG 65, 99 nichtige Forderungen nicht als Vermögensbestandteile i. S. der Vermögensdelikte an. Obwohl es in RG 44, 230 der rein wirtschaftlichen Vermögensauffassung zum Durchbruch verholfen hatte, indem es das Vermögen als die Summe der geldwerten Güter einer Person definierte und auch in der Folgezeit diese Auffassung aufrechterhielt, stellte es in der Entscheidung RG 65, 99 bei der Beantwortung der Frage, inwieweit Ansprüche zum Vermögen im Sinne des § 263 StGB zu rechnen sind, nur auf deren rechtlichen Bestand ab, denn nur im Falle der Rechtsbeständigkeit eines Anspruchs bedeute seine Nichtverfolgung eine Vermögensbeschädigung. Nach der Auffassung der Entscheidung RG 65, 99, die bis heute in der Literatur auch von einigen Vertretern des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffs aufrechterhalten wird¹⁾, besteht demnach ein auffallender Gegensatz zwischen vitios erlangten Sachwerten einerseits und den mit dem Mangel der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit behafteten Forderungen andererseits; denn in Bezug auf Sachwerte soll der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff gelten, in Bezug auf Forderungen dagegen der juristische Vermögensbegriff Anwendung finden²⁾³⁾. Wir haben aber schon festgestellt, dass auch das RG diese Auffassung, in Bezug auf

- 1) Schönke-Schröder 263 VII 1c; Mezger, S.185.
- 2) So in der Literatur heute noch folgende Autoren: Schönke-Schröder 263 VII; Mezger Lb.II, S.183.
- 3) Wenn Bockelmann in JZ 52,485 der Ansicht ist, dass das RG habe auch hinsichtlich nichtiger Forderungen den wirtschaftlichen Vermögensbegriff verfolgt und, wenn es seit RG 44,230 bei Beeinträchtigung nichtiger Forderungen den Vermögensschaden verneinte, seine Entscheidung regelmässig nicht mit der rechtliche Nichtigkeit des Anspruchs allein, sondern damit begründet, dass wegen dieser Nichtigkeit im konkreten Fall keine faktische Aussicht auf Erfüllung bestanden habe, so ist dies u.E. unzutreffend, da sich aus RG 65,99 hierfür keine Anhaltspunkte ergeben. In der Begründung der Entscheidung RG 65,99 die Bockelmann anführt, ist mit keinem Wort die Rede von einer "faktischen Aussicht auf Erfüllung", vielmehr ist klar ausgesprochen, dass die Möglichkeit eines Betrugs den rechtlichen Bestand der Ansprüche voraussetze. (Gegen Bockelmann auch Bruns, Mezger-Festschr., S.335/336). Die Bockelmannsche Interpretation der Entscheidung RG 65,99 enthält ausserdem eine merkwürdige Inkonzsequenz: der Getäuschte habe wegen der Nichtigkeit seines Anspruchs im konkreten Fall keine faktische Aussicht auf Erfüllung gehabt! Aus der Nichtigkeit eines Anspruchs folgt doch nicht der Mangel der faktischen Realisierbarkeit! Die Nichtigkeit hat nur den Mangel der Möglichkeit, den Anspruch im Rechtsweg durchzusetzen, zur Folge, lässt die rein tatsächliche Möglichkeit, Erfüllung zu erlangen, aber unberührt.

Forderungen komme es stets auf deren rechtlichen Bestand an, nicht immer vertrat - eine in den bisherigen Erörterungen leider kaum beachtete Tatsache - und in zwei anderen Entscheidungen unter Zugrundelegung des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffes ausführte, dass auch nichtige Forderungen Vermögensbestandteil sein können¹⁾, wenn auch die Frage, ob dieser Grundsatz auch auf Forderungen Anwendung findet, die wegen Unsittlichkeit nichtig sind, offen gelassen wurde.

In der Tat ist nicht einzusehen, weshalb zwischen vitiös erlangten Sachwerten einerseits und Ansprüchen aus gesetz- oder sittenwidrigen Geschäften andererseits ein grundsätzlicher Unterschied gemacht und hinsichtlich der unrechtmässig erworbenen Sachwerte der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff, hinsichtlich der Ansprüche aber der juristische Vermögensbegriff zugrunde gelegt werden soll²⁾. Deshalb ist daran festzuhalten, dass bei der Beurteilung, ob eine nichtige Forderung Vermögensbestandteil ist, ebenso wie bei vitiös erlangten Sachwerten vom rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff auszugehen ist. Dies umso mehr, als das RG und die h.L. hinsichtlich der sog. Naturalobligationen und der verjährten Ansprüche die Frage der Zugehörigkeit zum Vermögen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten beantworten und, da ihnen unter Umständen ein wirtschaftlicher Wert beizumessen sei, sowohl Naturalobligationen als auch verjährte Ansprüche als mögliches Angriffsobjekt des Betrugs anerkennen³⁾. Damit ist anerkannt, dass die Klagbarkeit einer Forderung kein entscheidendes Kriterium für die Bemessung ihres wirtschaftlichen Wertes und damit ihrer Zugehörigkeit zum wirtschaftlichen Vermögen ist.

-
- 1) Vgl. RG 73,337 und RG 63,191; "...so wird doch andererseits nicht erfordert, dass bereits ein rechtlich begründeter Anspruch vorliegt, vielmehr genügt das Bestehen einer Sachlage, vermöge deren das Zuwachsen eines Vermögenswertes mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist". Ausser bei Bruns DR WI 1940,325 werden diese Entscheidungen überhaupt nicht erwähnt und nur die Entsch. RG 65,99 in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt.
- 2) OGH 2,201.
- 3) RG 36,208; 40,28; 68,380; Bockelmann in Mezger-Festschr., S.363ff Welzel, S.315; Nagler LK 249 Vorb.II (6.u.7. Aufl.); Jagusch LK 249 Vor.II,3a; Maurach, S.287; Hirschberg, S.333; Schönke-Schröder 263 VII 1e; Kohlrausch-Lange 263 V,1a; Eckstein GA 58,73.

Rechnet man unter Zugrundelegung wirtschaftlicher Gesichtspunkte unvollkommene und verjährte Forderungen zum Vermögen, so darf man nicht die Möglichkeit, dass auch nichtige Forderungen zum Vermögen im wirtschaftlichen Sinn gehören können, generell verneinen, ohne sich dadurch dem Vorwurf einer inkonsequenten Haltung auszusetzen. Zuzugeben ist, dass bürgerlich-rechtlich zwischen verjährten, unvollkommenen und schlechthin nichtigen Forderungen ein erheblicher Unterschied besteht. Die verjährte Forderung ist sogar klagbar und nur der peremptorischen Einrede der Verjährung ausgesetzt, deren Geltendmachung durch den Schuldner zur Abweisung der Klage führt. Dagegen ist die unvollkommene Forderung nicht klagbar, doch wird sie im Gegensatz zur nichtigen Forderung vom bürgerlichen Recht mittelbar anerkannt¹⁾, denn sie stellt eine Forderung i.S. des bürgerlichen Rechts dar, die sich von einer vollkommenen Forderung nur durch den Mangel der Klagbarkeit unterscheidet. In dem für unsere Untersuchung entscheidenden Punkt besteht aber zwischen verjährten, unvollkommenen und schlechthin nichtigen Forderungen kein Unterschied: die Erfüllung steht sowohl bei verjährten und unvollkommenen als auch bei schlechthin nichtigen Ansprüchen allein im Belieben des Schuldners; er kann bei ersteren ~~sowenig wie bei letzteren~~ rechtlich zur Erfüllung gezwungen werden. Bei den wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Ansprüchen ist ebenso wie bei den verjährten und unvollkommenen Forderungen die Rückforderung des zur Erfüllung Geleisteten ausgeschlossen. Während die Erfüllung eines verjährten Anspruchs Erfüllung einer klagbaren, wenn auch einredebehafteten Verbindlichkeit ist, die gemäss § 222 II BGB der Gläubiger nicht wieder herauszugeben braucht und das zur Erfüllung einer Naturalobligation Geleistete wegen der besonderen Vorschriften der §§ 656, 762 BGB nicht zurückgefordert werden kann, steht der Rückforderung des zur Erfüllung eines wegen Gesetzes- oder Sittenverstosses nichtigen Anspruchs die Vorschrift des § 817 S.2 BGB entgegen. Deshalb sind sich bei rein wirtschaftlicher Betrachtung alle diese Forderungen, ob sie nun nur mit einer dauernden Einrede behaftet oder ob sie überhaupt nicht im Klageweg verfolgbar sind, gleich.

1) RGR-Kom. 134 A 3

Die Möglichkeit, die Erfüllung eines schlechthin nichtigen Anspruchs zu erlangen, ist nicht geringer einzuschätzen als die Möglichkeit der Erfüllung einer Naturalobligation oder einer verjährten Forderung. In der Regel sind sich die Beteiligten der diffizilen zivilrechtlichen Unterschiede überhaupt nicht bewusst. Wenn Bockelmann¹⁾ dagegen meint, an der Möglichkeit, auf freiwillige Leistung des Schuldners rechnen zu können, fehle es bei einem nichtigen Anspruch meistens, weshalb dieser normalerweise auch unter Zugrundelegung des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffes keinen Vermögenswert darstelle²⁾, so beruht dies auf einer Verkennung der tatsächlichen Gegebenheiten. Nichtige Forderungen können sehr wohl erfüllt werden, und gerade die Tatsache, dass in solchen Fällen, die gesetz- oder sittenwidrige Rechtsgeschäfte zum Gegenstand haben, der Schuldner sich nicht kurzerhand auf die Nichtigkeit der Forderung beruft, sondern sich durch das Mittel der Täuschung und Irrtumserregung seiner - zwar nicht rechtlichen, aber doch tatsächlichen - Pflicht entzieht, lässt erkennen, dass es bei solchen Geschäften auch üblich ist, zu erfüllen und sich nicht ohne weiteres auf die zivilrechtliche Nichtigkeit zu berufen. Bockelmann selbst führt an anderer Stelle aus, dass sich kein Betrüger um ein wirtschaftliches Nichts zu bemühen pflege und umgekehrt, wo er sich bemühe, da mangle es gewöhnlich nicht am Wert des Objekts³⁾.

Dies darf jedoch nicht dazu verleiten, die Frage, ob im Einzelfall ein nichtiger Anspruch Bestandteil des Vermögens im wirtschaftlichen Sinne ist, oberflächlich zu behandeln. Obwohl oft davon ausgegangen werden kann, dass ein nichtiger Anspruch, dessen Erfüllung durch Täuschung des Gläubigers vereitelt wird, einen wirtschaftlichen Vermögenswert darstellt, so bedarf dies im Einzelfall doch besonders sorgfältiger Prüfung.

Die Entscheidung BGH 2, 364 weist mit Recht darauf hin, dass auch unter Zugrundelegung des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffs ein nichtiger Anspruch nicht schlechthin einem Sachwert gleichgestellt werden kann, dass es vielmehr auf die Umstände des einzelnen Falles ankommt, denn da der Getäuschte unrechtmässig erworbene Sachwerte im Besitz und damit in seiner Macht hat, bietet sich ein handgreiflicher Ansatzpunkt für ihre wirtschaftliche Zu-

1) JZ 52, 486. 2) Ähnlich Gerloff, S.24.

3) Mezger-Festschr., S.365.

ordnung zu seinem Vermögen, an dem es für Forderungen wegen ihrer mangelnden Gegenständlichkeit fehlt¹⁾. Die Feststellung, ob eine wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderung im konkreten Fall zum Vermögen zu rechnen ist, ist daher ungleich schwieriger als die Feststellung, ob ein vitiös erlangter Sachwert Vermögensbestandteil ist, trotz gleichen Ausgangspunktes vom rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff.

Wann ein wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtiger Anspruch mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lässt, und damit zum Vermögen gehört, ist niemals eine rechtliche, sondern stets eine Frage der tatsächlichen Würdigung des Einzelfalles. Nicht die Erzwingbarkeit der Erfüllung im Rechtswege, sondern die tatsächliche Aussicht auf Erfüllung ist das entscheidende Kriterium für die Beantwortung der Frage nach dem wirtschaftlichen Wert einer Forderung und damit ihrer Zugehörigkeit zum Vermögen i.S. des Betrugstatbestandes. Es ist also die faktische Realisierbarkeit, die den Masstab für den wirtschaftlichen Wert einer nichtigen Forderung abgibt und damit ihre Eigenschaft als Vermögensbestandteil bestimmt²
3)4)

-
- 1) Bockelmann JZ 52,486. Vgl. auch R.Lange in JR 50,622 und Sauer, S. 86, Note 50 e.
 - 2) Grünhut JW 32, 2434; Bruns, Befr., S.74; Bruns, Mezger-Festschr. S.335 ff; Bruns, DRWi 1940, 325. Krumme in LM zu § 263, Nr.13; OGH 2,193; Jagusch LK 249 Vorh.II; BGH 2,364; Dalcke-Schäfer 263 A 7 e; Dreher-Maaßen 263 A 6 a; Schwarz-Dreher 263 A 5b; Maurach, S.191/192 billigt die von uns vertretene Auffassung aus kriminalpolitischen Erwägungen.
 - 3) Hirschberg bezeichnet unseren Standpunkt als unehrlich und feige! Gegenstand eines Vermögensdelikts könne nicht ein Wert sein, dem die Rechtsordnung die Anerkennung versage. Das sei die Konsequenz der Lehre von der materiellen Akzessorietät des Strafrechts (S.33) Dem halten wir entgegen, dass es die Konsequenz der hier vertretenen Lehre von der Emanzipation des Strafrechts ist, wirtschaftliche Werte ohne Rücksicht auf ihre Anerkennung durch das bürgerliche Recht als Gegenstand der Vermögensdelikte anzusehen.
 - 4) Unhaltbar erscheint uns die Ansicht Ecksteins GA 58,77, der nichtige Forderungen grundsätzlich zum Vermögen rechnet, soweit ihre Erfüllung zu erwarten ist, aber hinsichtlich solcher Forderungen, die wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtig sind, eine Ausnahme macht, da diese nur die Rolle von Vermögenswerten spielten, sie aber nicht selbst solche darstellten. Eine solche Argumentation enthält eine Fiktion. Eine Forderung, die die Rolle eines Vermögenswertes spielt, ist auch ein Vermögenswert.

Wann ist nun eine nichtige Forderung faktisch realisierbar?

Die tatsächlichen Anhaltspunkte für die Zurechnung einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Forderung zum wirtschaftlichen Vermögen sind in erster Linie in den Verhältnissen des Schuldners zu suchen. Die Zahlungsfähigkeit, die gesellschaftliche Stellung des Schuldners und das Verhältnis der Vertragspartner untereinander sind die entscheidenden Kriterien für die Zurechnung einer nichtigen Forderung zum wirtschaftlichen Vermögen¹⁾. Sie stellen objektive Maßstäbe dar, mit denen sich der wirtschaftliche Wert einer nichtigen Forderung hinreichend sicher bestimmen lässt. Einer besonderen Erwähnung des Zahlungswillens, der von vielen Autoren²⁾ als das entscheidende Kriterium für die Bemessung des wirtschaftlichen Wertes einer nichtigen Forderung hervorgehoben wird, bedarf es unseres Erachtens daneben nicht. Aus der gesellschaftlichen Stellung des Schuldners und dem Verhältnis der Vertragspartner untereinander lässt sich im konkreten Fall auf den Zahlungswillen des Schuldners schließen. Denn der Zahlungswille des Schuldners als einer unerlässlichen Voraussetzung für die Bejahung des Vermögenswertes einer nichtigen Forderung ist nur die Folge der sich aus der gesellschaftlichen Stellung sowie dem Verhältnis der Parteien untereinander, also aus sozialen Bindungen ergebenden rein tatsächlichen Zwangslage, trotz Nichtigkeit der Verbindlichkeit erfüllen zu müssen. Es sind also objektive Kriterien, aus denen die Zahlungswilligkeit des Schuldners im konkreten Fall sich ergibt und damit bei vorhandener Zahlungsfähigkeit das treibende Moment für die Erfüllung nichtiger Forderungen darstellen.

Freilich sind die Maßstäbe, nach denen die Zugehörigkeit eines nichtigen Anspruchs zum Vermögen zu bestimmen ist, keine mathematisch festen Maßstäbe, sondern verlangen richterliche Wertung. Dabei hat sich der Richter immer zu fragen, ob ein Durchschnittsmensch in der sozialen Stellung und der Vermögenslage des Schuldners unter Berücksichtigung des besonderen Verhältnisses der Vertragspartner untereinander den Anspruch trotz Nichtigkeit erfüllt hätte. Z.B. wird einer nichtigen Forderung immer ein wirtschaftlicher

1) Grünhut JW 32,2435; OGH 2, 193; BGH 2,364; a.A. Franzheim in GA 60, 269.

2) Grünhut a.a.O.; Jagusch LK 249, Vorb.II; OGH 2, 193; BGH 2,364.

Wert beizumessen sein, wenn es sich beim Schuldner um einen leistungsfähigen Geschäftsmann handelt, der an der Aufrecht - erhaltung seiner geschäftlichen Beziehungen zum Gläubiger interessiert und deshalb erfüllungsbereit ist.

Da es also objektive, richterlicher Wertung unterliegende Maßstäbe sind, nach denen die faktische Realisierbarkeit eines nichtigen Anspruchs zu bestimmen ist, kann gegen unsere Auffassung nicht geltend gemacht werden, die Einbeziehung nichtiger Forderungen in den Begriff des Vermögens bedeute eine uferlose Ausweitung des Betrugstatbestandes und sei mit § 2 StGB unvereinbar.

Ist ein wegen Gesetzes- oder Sittenverstosses nichtiger Anspruch faktisch realisierbar und damit Vermögensbestandteil i.S. des § 263 StGB, so bedeutet das auf Täuschung und Irrtumserregung beruhende Unterlassen der Geltendmachung sowie ein irrumsbedingter Verzicht auf den gesamten oder einen Teil des nichtigen Anspruchs eine Vermögensbeschädigung i.S. des Betrugs, da der Gesamtbestand des Vermögens des Verletzten nach und infolge der Täuschung gegenüber dem Vermögensstand, wie er vor der Täuschung bestand, eine Minderung seines wirtschaftlichen Wertes erfahren hat, da ohne die Täuschung und Irrtumserregung der Schuldner auf Grund einer rein tatsächlich für ihn gegenüber dem Gläubiger bestehenden Zwangslage den Anspruch trotz seiner Nichtigkeit, und ohne rechtlich dazu verpflichtet zu sein, hätte erfüllen müssen, so dass die Aussicht auf Befriedigung ohne die vom Schuldner verübte Täuschung für den Gläubiger nennenswert grösser gewesen wäre.

Kehren wir von hier aus wieder zu unseren Beispielsfällen zurück. Bejaht man in den unserer Untersuchung vorangestellten Fällen die Zugehörigkeit der nichtigen Ansprüche zum Vermögen i.S. des Betrugstatbestandes, so kann es nicht zweifelhaft sein, dass bei den Getäuschten, dem Diebesgenossen, dem Schwarzhändler und dem Falschgeldhändler durch das auf der Täuschung des Täters beruhende Unterlassen der Verfolgung ihrer Ansprüche bzw. durch den irrumsbedingten Erlass der Schwarzmarktforderung ein Vermögensschaden entstanden ist. Der objektive Tatbestand des Betrugs ist also erfüllt.

c) Die Absicht auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögens-
vorteils.

In subjektiver Hinsicht ergeben sich keine Probleme.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Täter, indem er durch Täuschung und Irrtumserregung den Gläubiger zum Abstehen von der Verfolgung seiner nichtigen Ansprüche veranlasst, einen Vermögensvorteil erstrebt. Er will sich einer zwar nicht rechtlichen, aber tatsächlichen Pflicht zur Erfüllung entziehen und erstrebt dadurch eine Bereicherung seines Vermögens durch Ersparung dessen, was er zur Befriedigung des Gläubigers auf Grund einer rein tatsächlich für ihn bestehenden Zwangslage hätte aufwenden müssen. Geht man mit der h.L., so ist der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil auch rechtswidrig¹⁾, da ihm kein Anspruch gegen den Getäuschten zusteht, aus der rein tatsächlich für ihn bestehenden Zwangslage befreit zu werden, wenn er auch von Rechts wegen nicht zur Erfüllung verpflichtet ist. Auch erscheint der vom Täter erstrebte Vorteil nach der Volksanschauung und dem Sittengesetz als Unrecht.

1) Zum Begriff der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils vgl. eingehend die Ausführungen zur 6. Fallgruppe.

d) Das Ergebnis der Untersuchung.

Das Ergebnis unserer Untersuchung können wir folgendermassen zusammenfassen: Voraussetzung für die Annahme einer auf Täuschung beruhenden Vermögensbeschädigung durch das Unterlassen der Verfolgung oder den Erlass eines wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Anspruchs ist stets, dass die massgebliche Täuschung bei Erfüllung verübt wird und nicht schon bei Eingehung des Vertrags. Grundlage der Feststellung einer Vermögensbeschädigung ist der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff. Danach gehört eine wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderung zum Vermögen i.S. des § 263 StGB, wenn sie faktisch realisierbar ist, d.h. wenn sie mit Wahrscheinlichkeit Aussicht auf einen Vermögenszuwachs bietet. Wann das der Fall ist, ist Frage der tatsächlichen Würdigung des Einzelfalles. Entscheidende Kriterien für den wirtschaftlichen Wert einer nichtigen Forderung und damit für ihre Zugehörigkeit zum Vermögen im wirtschaftlichen Sinn sind die Zahlungsfähigkeit und die gesellschaftliche Stellung des Schuldners sowie das Verhältnis der Vertragspartner untereinander. Eine Vermögensbeschädigung liegt demgemäss vor, wenn der Schuldner bei gegebener Zahlungsfähigkeit auf Grund seiner gesellschaftlichen Stellung sowie seinem besonderen Verhältnis zum Vertragspartner, also aus rein tatsächlichen Gründen, ohne die Täuschungshandlung hätte erfüllen müssen, also für den Gläubiger die Aussicht auf Befriedigungnennenswert grösser gewesen wäre.

e) Kritik an BGH 4, 373.

Von den im Vorhergehenden gewonnenen Grundsätzen aus ist es nun auch möglich, die im vorigen Kapitel erwähnte BGH-Entscheidung im 4. Band, S. 373, in der eine Dirne mit Falschgeld bezahlt wurde, auf der Forderungsebene zu betrachten. Der Fall ist nämlich nicht nur so denkbar, dass der Täter von vornherein die Absicht hatte, die Dirne um den vereinbarten Lohn zu prellen und sie vor Vollzug des Koitus mit dem Falschgeld bezahlte¹⁾, sondern auch so, dass der Freier erst nach Vollzug des Geschlechtsverkehrs den Entschluss fasste, die Dirne mit Falschgeld zu bezahlen²⁾. Während also in der ersten Variante des Falles die Täuschung vor der Ausübung des Geschlechtsverkehrs erfolgte, liegt sie in der zweiten Variante erst bei Erfüllung des nichtigen Anspruchs der Dirne nach Vollzug des Koitus. In der letzten Variante bezweckt die bei Erfüllung des unsittlichen Anspruchs verübte Täuschung durch die Bezahlung mit falschem Geld, die Dirne von der Verfolgung ihres nichtigen Anspruchs abzuhalten. Es kommt deshalb bei dieser Abwandlung nicht auf die Vorleistung der Dirne an, die in der geschlechtlichen Hingabe besteht, sondern es ist in diesem Fall nur zu prüfen, ob der Anspruch der Dirne gegen den Freier auf den vereinbarten Lohn zu ihrem Vermögen im wirtschaftlichen Sinn zu rechnen ist und das arglistige Abhalten von der Verfolgung ihres Anspruchs eine Vermögensbeschädigung darstellt. Dabei ist die Frage, ob der unsittliche Anspruch der Dirne Vermögensbestandteil ist, nach den oben aufgestellten Grundsätzen zu beantworten. Danach gehört ein nichtiger Anspruch zum Vermögen, wenn er faktisch realisierbar ist und deshalb mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lässt. Ob ein Anspruch faktisch realisierbar ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und richtet sich im wesentlichen nach der Zahlungsfähigkeit und den gesellschaftlichen Bindungen des Schuldners. Handelt es sich um einen zahlungsfähigen Schuldner, der seiner gesellschaftlichen Stellung entsprechend die Erfüllung eines derartigen Anspruchs erwarten lässt, so hat der Anspruch einen wirtschaftlichen Wert und gehört deshalb zum Vermögen, ist also wirtschaftlich einem vitiös erlangten Sachwert gleichzustellen,

1) Dann gehört der Fall zur dritten Gruppe.

2) Dieser Fall gehört in die vierte Gruppe.

ohne dass es in diesem Zusammenhang irgendwelcher Erörterungen darüber bedarf, ob dem Geschlechtsverkehr ein in Geld zu veranschlagender Wert zukommt. In diesem Zusammenhang kommt es auf den Wert des vom Getäuschten Geleisteten überhaupt nicht an. Denn wird der Betrug bei Erfüllung des Vertrages begangen, dann ist der Schaden durch einen Vergleich des vor der Täuschung vom Verletzten besessenen Vertragsrechts mit dem, was er tatsächlich durch die Erfüllung erlangt hat, zu ermitteln¹⁾. Es ist zu vergleichen, was der Verletzte tatsächlich erhalten hat mit dem, was er den Vereinbarungen entsprechend hätte erhalten sollen, nicht mit dem, was er dafür hingegeben hat²⁾³⁾, denn die schädigende Vermögensverfügung besteht im Gegensatz zu den vorhergehenden Fallgruppen in diesen Fällen nicht in der Vorleistung, sodass diese bei der Saldierung ausser Betracht zu bleiben hat.

Darum kann in der vorgenannten BGH-Entscheidung das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung nicht um deswillen verneint werden, weil die Dirne keine vermögenswerte Vorleistung erbracht habe, da dem Geschlechtsverkehr kein in Geld zu veranschlagender Wert zukomme, ganz abgesehen davon, dass die Prämisse, dem Geschlechtsverkehr komme kein wirtschaftlicher Wert zu, nicht unwidersprochen hingenommen werden kann, wie im vorigen Kapitel dargelegt wurde.

Die vorgenannte BGH-Entscheidung steht deshalb, geht man davon aus, dass die Übergabe des Falschgeldes zur Bezahlung der Dirne einer nachträglich gefassten Absicht gemäss erfolgte, im Gegensatz zu der Entscheidung BGH 2,364⁴⁾, in der der BGH im Anschluss an OGH 2,193 den Grundsatz aufgestellt hat, dass auch eine nichtige Forderung Vermögensbestandteil ist, wenn faktische Aussicht auf Erfüllung besteht, und dass demgemäss die Vereitelung einer faktisch realisierbaren Forderung eine Vermögensbeschädigung bedeutet.

1) Schönke-Schröder 263 V; RG 16,10; Niethammer, S.270.

2) Eckstein GA 58, 343/344.

3) Es gäbe sonst keinen Betrug durch Vorenthaltung des in dem vereinbarten Entgelt enthaltenen Gewinnes beim Verkauf von Sachen, z.B. wäre sonst im folgenden Fall Betrug unmöglich: Jemand verkauft eine Sache, die 50.- DM wert ist, für 100.- DM. Der Käufer zahlt 50.- DM in echtem Geld und die restlichen 50.- DM absichtlich in gefälschten Noten.

4) Schwarz-Dreher 263 A 5b; Franzheim GA 60, 272.

Dazu hat die Entscheidung BGH 4,374 aber nicht Stellung genommen, sondern eine Vermögensbeschädigung nur deshalb verneint, weil dem Geschlechtsverkehr kein wirtschaftlicher Wert zukomme, worauf es in diesem Zusammenhang überhaupt nicht ankommt.

Mit Recht weist Franzheim darauf hin, dass im Fall der Entscheidung BGH 4,373 die Forderung der Dirne einen wirtschaftlichen Wert verkörpert, da sie faktisch realisierbar war, weil sonst die "Freier" nicht das Mittel der Täuschung hätten anzuwenden brauchen¹⁾ Um ein wirtschaftliches Nichts pflegt sich i.a. kein Betrüger zu bemühen²⁾.

1) Franzheim GA60271.

2) Bockelmann, Mezger-Festschr., S.365.

5. Fallgruppe

Ist die durch Täuschung und Irrtumserregung veranlasste Belastung des Vermögens mit einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Verbindlichkeit Betrug?

Bei den Fällen der fünften Gruppe handelt es sich um Ausnahmerscheinungen, denen eine besondere praktische Bedeutung bisher nicht zugekommen ist. Gleichwohl soll aber die Frage, ob ausnahmsweise schon die Belastung des Vermögens mit einer gesetz- oder sittenwidrigen Verbindlichkeit eine Vermögensbeschädigung darstellen kann, im Rahmen dieser Abhandlung untersucht werden, da der wissenschaftliche Erkenntniswert dieser Fälle trotz der ihnen zukommenden geringen Bedeutung für die Praxis nicht zweifelhaft sein dürfte. Die in diese Gruppe gehörenden Fälle bilden eine wertvolle Ergänzung zu den Fällen der vorhergehenden Gruppe und runden den dort untersuchten Problemkomplex ab. Wir wollen bei unserer Untersuchung von folgendem schon eingangs erwähnten Beispielsfall ausgehen:

Der A übernimmt mit Genehmigung seines Geschäftsfreundes B die zu dessen Gunsten bestehende Schuld des illiquiden C, weil C ihn, den A, durch Täuschung über seine Zahlungsfähigkeit dazu veranlasst hat. Die Forderung, die B gegen C hat, ist wegen Sittenwidrigkeit nichtig, was A weiss.

Wir haben weiter oben schon darauf hingewiesen, dass in der Literatur die Meinung vertreten wird, beim unsittlichen Rechtsgeschäft könne der Schaden niemals in der Eingehung der nichtigen Verbindlichkeit bestehen. Die Entscheidung RG 65,109 - obwohl sie nicht ganz unseren Fall trifft - gibt uns aber genügend Anlass, an der Richtigkeit dieser Ansicht zu zweifeln.

Nach der in Rechtsprechung und Literatur einhelligen Meinung kann eine schädigende Vermögensverfügung i.S. des Betrugs bereits in der Eingehung eines Verpflichtungsgeschäftes bestehen¹⁾.

1) Maurach, S.291; Welzel, S.318; Schönke-Schröder 263 VII, 2d; u.v.a.

Es handelt es sich dann um einen sog. Eingehungsbetrug, der immer gegeben ist, wenn jemand zum Abschluss eines Vertrages durch Täuschung veranlasst wird und der Abschluss des Vertrages für ihn eine Vermögensbeschädigung bedeutet. Nach der von uns vertretenen wirtschaftlich objektiven Theorie bedeutet Vermögensbeschädigung stets eine infolge der Täuschung und Irrtums-erregung veranlasste objektive Verminderung des wirtschaftlichen Wertes des Gesamtvermögensstandes. Demnach ist der Getäuschte durch den Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts an seinem Vermögen geschädigt, wenn die von ihm übernommene Verpflichtung vom Standpunkt rein wirtschaftlich-tatsächlicher Betrachtungsweise nicht durch die vom Vertragspartner übernommene Verpflichtung ausgeglichen wird. Es ist also bei der Feststellung einer Vermögensbeschädigung beim sog. Eingehungsbetrug der wirtschaftliche Wert von Verpflichtung und Gegenverpflichtung zu vergleichen und eine Vermögensbeschädigung nur dann anzunehmen, wenn der wirtschaftliche Wert der Forderung auf die Gegenleistung hinter der wirtschaftlichen Bedeutung der vom Getäuschten übernommenen Verpflichtung zurückbleibt.

Betrachten wir den unserer Untersuchung vorangestellten Fall nun zunächst einmal so, dass es sich um eine rechtsbeständige Forderung des B gegen den C handelt und nicht um eine wegen Sittenwidrigkeit nichtige. Dann bedarf die Frage, ob dem A durch die irrumsbedingte Übernahme der Schuld des C ein Vermögensschaden entstanden ist, keiner langen Erörterung. Da C illiquide ist, hat die Forderung des A gegen C aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Geschäft entweder keinen oder nur einen geringen wirtschaftlichen Wert, während A dem B für die Erfüllung der Schuld eintreten muss.

Der Vergleich des wirtschaftlichen Wertes von übernommener Verpflichtung und der Gegenverpflichtung des Täuschenden ergibt, dass A durch die Übernahme der Verbindlichkeit an seinem Vermögen einen Schaden erlitten hat.

Bevor wir den unserer Untersuchung vorangestellten Fall so betrachten, dass die Forderung des B gegen C, die A durch Vertrag

mit C übernommen hat, wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist, werfen wir noch einen Blick auf die Fälle, in denen die Vermögensbelastung des Getäuschten in der Übernahme einer Naturalobligation besteht. Denn im vorigen Kapitel, wo es sich allerdings im Gegensatz zu dem hier zu behandelnden Fall nicht um die Frage einer Vermögensbeschädigung durch den Abschluss eines Verpflichtungsgeschäftes, sondern um die Frage einer Vermögensbeschädigung bei Erfüllung eines nichtigen Anspruchs handelte, wurde die These aufgestellt, dass bei rein wirtschaftlicher Betrachtung zwischen einer unvollkommenen Verbindlichkeit und einer schlechthin nichtigen Forderung kein Unterschied bezüglich der vermögensstrafrechtlichen Beurteilung besteht. Da diese These aber auch hier Geltung beanspruchen muss, so dürfte die Beantwortung der Frage, ob die Vermögensbelastung mit einer unvollkommenen Verbindlichkeit eine Vermögensbeschädigung darstellen kann, die Beantwortung der hier letztlich interessierenden Frage, ob ausnahmsweise schon die Belastung mit einer nichtigen Verbindlichkeit einen Vermögensschaden begründen kann, wesentlich erleichtern.

Aus der reichsgerichtlichen Judikatur ergibt sich keine klare Beantwortung der Frage, ob auch die Belastung des Vermögens mit einer Naturalobligation einen Vermögensschaden i.S. des § 263 StGB darstellt. In RG 68,380 findet sich zwar die Feststellung, es sei anerkannten Rechts, dass sogar die durch Täuschung herbeigeführte Eingehung einer nicht klagbaren Verbindlichkeit (z.B. aus Spielvertrag) die Verurteilung wegen Betrugs begründen könne. Aber die Entscheidung RG 68,380 hatte selbst nicht die Belastung mit einer Naturalobligation zum Gegenstand, sondern die Feststellung, auch die durch Täuschung herbeigeführte Eingehung einer nicht klagbaren Verbindlichkeit könne die Verurteilung wegen Betruges begründen, wurde nur beiläufig gemacht und hat deshalb nur bedingten Wert. Dies umso mehr, als die Entscheidungen, auf die sich das RG zum Beweis seiner Behauptung beruft, nicht mehr als die Feststellung enthalten, dass auch eine unvollkommene Verbindlichkeit Vermögensbestandteil sein kann, aber nichts unmittelbar dafür ergeben, dass die irrtumsbedingte Eingehung einer nicht klagbaren Verbindlichkeit eine Vermögensbeschädigung bedeutet.

Darauf hat bereits Bockelmann ausführlich hingewiesen, sodass weitere Erörterungen darüber hier überflüssig sind¹⁾.

In der neueren Literatur wird nur ausnahmsweise zu diesem Problem Stellung genommen, während die meisten Schriftsteller es nicht einmahl erwähnen. Ausser Bockelmann, der das Problem ausführlich abgehandelt hat²⁾, wird noch von zwei massgeblichen Autoren die Ansicht vertreten, dass ein Vermögensschaden schon in der Übernahme einer nicht klagbaren Verbindlichkeit liegen kann, und zwar schlechthin, wenn der Schuldner zahlungswillig ist, im übrigen je nach dem Stande der Durchsetzbarkeit³⁾.

Es kommt demnach entscheidend auf die wirtschaftliche Bedeutung an, die die Übernahme einer Naturalobligation für das Vermögen des Belasteten hat, ebenso wie es umgekehrt für die Zugehörigkeit einer Naturalobligation zum aktiven Vermögen entscheidend auf ihre faktische Realisierbarkeit, ihre rein tatsächliche Durchsetzbarkeit ankommt. Damit ist gesagt, dass die Belastung des Vermögens mit einer Naturalobligation nicht schlechthin eine Vermögensbeschädigung bedeutet, sondern nur unter der Voraussetzung, dass es sich um eine für den Gläubiger faktisch realisierbare Forderung handelt, mit anderen Worten: die Übernahme einer Naturalobligation bedeutet eine Vermögensschädigung, wenn der Schuldner sich gegenüber dem Gläubiger in einer tatsächlichen Zwangslage befindet, die Schuld zu begleichen, ohne im Klagewege dazu gezwungen werden zu können.

Von hier aus fällt es nun nicht mehr schwer, die Brücke von der unvollkommenen zur schlechthin nichtigen Verbindlichkeit zu schlagen. Dabei gewinnt die früher schon hervorgehobene Entscheidung RG 65,106 besondere Bedeutung. Dort ist ausgeführt, dass in der irrtumsbedingten Übernahme einer wegen Formmangels nichtigen Bürgschaft eine Vermögensbeschädigung liege, wenn sich für den

1) Mezger-Festschr., S. 363 ff.

2) Bockelmann Mezger-Festschr., S. 363 ff.,; Schäfer-Dalcke 263 A 7f.

3) Jagusch LK 249 Vorb.III,4e, ebenso Nagler in den Voraufgaben. Schäfer-Dalcke 263 A 7f.

Getäuschten eine tatsächliche Zwangslage zur Leistung ergibt, die eine naheliegende Gefährdung der allgemeinen Vermögenslage des Getäuschten bildet. Damit erkennt das RG unter Zugrundelegung des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffes ausdrücklich an, dass auch die Übernahme einer schlechthin nichtigen Verbindlichkeit unter Umständen eine Vermögensbeschädigung bedeuten kann.

Wenn es sich in dem der Entscheidung des RG zugrunde liegenden Fall auch nur um eine wegen Formmangels nichtige Verbindlichkeit handelt, so kann für Verbindlichkeiten, die wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtig sind, nichts anderes gelten. Denn der Grund der bürgerlich-rechtlichen Nichtigkeit ist für die wirtschaftliche Bedeutung eines nichtigen Geschäfts ohne Belang. Die irrumsbedingte Übernahme einer wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Verbindlichkeit kann für den Getäuschten ebenso eine wirtschaftliche Beeinträchtigung seiner Vermögenslage bedeuten wie die Übernahme einer Naturalobligation oder einer wegen Formmangels nichtigen Bürgschaft. Denn bei rein wirtschaftlicher Betrachtungsweise unterscheiden sich Naturalobligationen, wegen Formmangels nichtige und sittenwidrige Forderungen nicht. Ihr wirtschaftlicher Wert, den sie für den Gläubiger haben, bemisst sich in jedem Fall immer nur nach dem Stande ihrer Durchsetzbarkeit, der rein faktischen Möglichkeit, Erfüllung ohne rechtlichen Zwang zu erlangen.

Ebenso bemisst sich die wirtschaftliche Bedeutung, die die Belastung mit einer dieser Verbindlichkeiten für das Vermögen des Schuldners hat, immer nur danach, ob sich für ihn auf Grund seiner gesellschaftlichen Stellung oder seiner Beziehungen zum Gläubiger eine rein tatsächliche Zwangslage ergibt., die Schuld zu begleichen, ohne von Rechts wegen dazu verpflichtet zu sein. Gesellschaftliche Bindungen und vor allem geschäftliche Beziehungen sind oft ein stärkeres Antriebsmittel zur Bezahlung einer Schuld, auch wenn sie rechtlich nicht besteht, als es staatlicher Zwang bei der Durchsetzung klagbarer Ansprüche bei dem heute weithin ausgedehnten Vollstreckungsschutz sein kann.

Betrachten wir von hier aus unseren Ausgangsfall, so können wir feststellen, dass die Merkmale des Betrugs erfüllt sind. Täuschung und Irrtumserregung bedürfen keiner Erörterung. Auf Grund des Irrtums traf der A seine Vermögensverfügung, indem er durch Vereinbarung mit C und Genehmigung durch B die Schuld des C übernahm. Dadurch ist dem A ein Vermögensschaden entstanden, obwohl es sich um eine wegen Sittenwidrigkeit nichtige Verbindlichkeit handelt, und A gegenüber B nicht von Rechts wegen zu erfüllen brauchte. Denn ein Vergleich der Vermögenslage des getäuschten A vor und nach der schuldrechtlichen Bindung ergibt, dass das Vermögen des A nach der Schuldübernahme eine Minderung seines wirtschaftlichen Wertes erfahren hat. Wegen seiner anderweitigen geschäftlichen Beziehungen zu B ist A gezwungen, die übernommene Schuld trotz Nichtigkeit der Forderung des B zu erfüllen, damit nicht seine Geschäftsbeziehungen Schaden erleiden. Demgegenüber ist die Möglichkeit, von C Ersatz zu erlangen, gering. Der Gegenanspruch des A gegen C ist also im Zeitpunkt der Übernahme der Verbindlichkeit im Vergleich zur eigenen Leistung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise minderwertig.

Die von Jagusch und in den Voraufagen von Nagler im LK¹⁾ vertretene Ansicht, bei unsittlichen oder verbotenen Geschäften liege der Schaden niemals in der Belastung mit der nichtigen schuldrechtlichen Verpflichtung, kann damit nicht aufrecht erhalten werden, denn - wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt - sind sehr wohl gewisse besonders gelagerte Fälle denkbar, in denen schon die Eingehung einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Verbindlichkeit eine Vermögensbeschädigung bedeutet.

1) LK 263 A 119.

Die zum subjektiven Tatbestand gehörende Absicht auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils liegt bei C zweifelsohne vor. Was für den A den Schaden darstellt, ist für den C der Vermögensvorteil. Während A mit einer Schuld belastet ist, ist C durch den gleichen Vorgang von seiner - wenn auch nicht rechtsbeständigen - Schuld befreit. Bei rein tatsächlicher Betrachtung bedeutet die Befreiung von einer nichtigen Verbindlichkeit ebenso wie die Befreiung von einer Naturalobligation oder einer klagbaren Verbindlichkeit einen Vermögensvorteil, sofern der Schuldner auf Grund einer rein tatsächlich für ihn bestehenden Zwangslage hätte erfüllen müssen trotz Nichtigkeit. Dieser Vermögensvorteil ist sowohl nach der Auffassung der h.L. als nach der anderen Auffassung, die auf die Verwerflichkeit nach der Volksanschauung oder dem Sittengesetz abstellt, rechtswidrig.

Fassen wir das Ergebnis unserer Untersuchung zusammen, so ist festzustellen, dass unter Umständen schon die durch Täuschung und Irrtumserregung veranlasste Belastung des Vermögens mit einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Verbindlichkeit den Tatbestand des Betrugs erfüllt. Voraussetzung ist immer, dass sich für den Schuldner aus der Übernahme der Verbindlichkeit trotz Nichtigkeit eine tatsächliche Zwangslage ergibt, den Gläubiger zu befriedigen, sei es, dass sich diese Zwangslage aus geschäftlichen Beziehungen oder anderen gesellschaftlichen Bindungen ergibt, ohne einen wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzanspruch zu haben.

6. Fallgruppe:

Kann Betrug dadurch begangen werden, dass jemand durch Täuschung und Irrtumserregung eine wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nichtige Forderung realisiert?

In der 6. und letzten Gruppe sind endlich die Fälle zusammengefasst, in denen die Befriedigung einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Forderung durch Täuschung des Schuldners erlangt wird. In diesen Fällen stellen nichtige Forderungen nicht das Angriffsobjekt dar, da sich nicht der Schuldner durch Täuschung des Gläubigers zu befreien versucht, sondern umgekehrt der Gläubiger durch Täuschung des Schuldners die Befriedigung einer Forderung erstrebt. Um auch hier wieder die Untersuchung an einem Beispiel zu orientieren, sei folgender eingangs erwähnte Fall, an dem die Problematik besonders deutlich hervortritt, an den Anfang unserer Untersuchung gestellt:

Eine Dirne, die noch eine Forderung aus früher gewährtem Geschlechtsverkehr gegen ihren Freier hat, spiegelt diesem vor, sich ihm gegen Vorzahlung wieder hingeben zu wollen, verweigert sich aber nach Erhalt des Geldes mit dem Hinweis auf ihre noch nicht beglichene Forderung aus früherem Geschlechtsverkehr mit ihrem "Käufer".

a) Der objektive Tatbestand.

Täuschung und Irrtumserregung geben wieder keine Probleme auf. Die Dirne täuscht ihren Freier, indem sie ihm vorspiegelt, sich nach Erhalt des Geldes hingeben zu wollen, während sie dies in Wirklichkeit nicht beabsichtigt. Dadurch versetzt sie den Freier in einen Irrtum, da dieser glaubt, nach Zahlung des vereinbarten Lohnes geschlechtlich verkehren zu können und veranlasst ihn auf Grund dieses Irrtums zur Zahlung des vereinbarten Entgelts. Problematisch wird es erst bei der Feststellung, ob dem Käufer durch die Zahlung des vereinbarten Lohnes ein Vermögensschaden entstanden ist.¹⁾

Unterstellen wir zunächst einmal, dass es sich um eine rechtlich begründete Forderung der Dirne gegen den "Käufer" handelt, den die Dirne durch Täuschung des "Käufers" realisiert. Nach der von uns vertretenen wirtschaftlich-objektiven Theorie ist unter Vermögensschaden jede wirtschaftliche Minderung des Vermögens ohne gleichzeitige Erlangung eines die Minderung wettmachenden wirtschaftlichen Äquivalents zu verstehen. Hat der Täter eine rechtlich begründete Forderung gegen den Getäuschten, die er durch Täuschung seines Schuldners eintreibt, so wird der Schuldner durch die Erfüllung dieser Forderung gleichzeitig von einer Verbindlichkeit befreit. In Literatur und Rechtsprechung wird deshalb z.T. die Auffassung vertreten, in einem derartigen Fall fehle es objektiv

1) Dies vor allem wegen der von Welzel NJW 53,652 und Bockelmann in Mezger-Festschrift, S. 367 ff. vertretenen Auffassung, wonach es bereits an einer Vermögensbeschädigung fehlen soll, wenn durch Täuschung und Irrtumserregung eine Naturalobligation oder verjährte Forderung vom Gläubiger eingetrieben wird.

Vgl. Fussnote 1) Seite 126 und Fussnote 1) Seite 129.

an einem Vermögensschaden, da der Vermögensminderung durch die Erfüllung der Forderung die Befreiung von der Verbindlichkeit gegenübertritt¹⁾. Überwiegend wird aber in Rechtsprechung und Literatur in derartigen Fällen, in denen eine rechtlich begründete Forderung durch Täuschung des Schuldners eingetrieben wird, der Eintritt eines Vermögensschadens bejaht, da nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten der Besitz einer Sache als höherwertig gegenüber der Befreiung von einer-vielleicht bestrittenen und daher in ihrer Realisierung fragwürdigen - Verbindlichkeit angesehen werden müsse²⁾. Meist werden diese Fälle jedoch gar nicht auf das Vorliegen einer Vermögensbeschädigung geprüft, sondern es wird die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils verneint, womit allerdings mittelbar eine Vermögensbeschädigung bejaht wird³⁾, denn einer Prüfung der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils bedarf es erst nach Bejahung der Vermögensbeschädigung.

-
- 1) Welzel NJW 53,652; Bockelmann in Mezger-Festschrift S.367 ff.; Kohlrausch-Lange 263 V,2c; BGH NJW 53,1479; Nach Welzel und Bockelmann stellt sogar die Befreiung von einer Naturalobligation schon einen Ausgleich dar;
 - 2) Schröder DRiZ 56,71; Schönke-Schröder 263 A VII,2b; Hegler JW 25,1500, der viele Entscheidungen zitiert.
 - 3) RG 57,370,72,136; BGH 4,107. Wenn BGH 3,160 seine Entscheidung lediglich mit der Verneinung der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils begründet, so bedeutet dies keineswegs, dass er den Eintritt einer Schädigung verneint, wie Bockelmann, Mezger-Festschrift, S.370 meint. Auch gibt die von Bockelmann zitierte Entscheidung RG 77,184 nichts für seine Ansicht, es fehle am Schaden, her. Umgekehrt enthält diese Entscheidung die Ansicht, es sei ein Schaden eingetreten.

Vom wirtschaftlich-tatsächlichen Standpunkt aus bedeutet die durch die Erfüllung erlangte Befreiung von der Verbindlichkeit kein Äquivalent, da es einen Unterschied für die wirtschaftliche Potenz eines Vermögensträgers macht, ob er bares Geld in der Hand hat, das er vielleicht erst nach einem Prozess zur Erfüllung der Schuld weggeben muss, oder ob er das Geld schon zu einem Zeitpunkt weg-gibt, indem er noch nicht durch laufende oder drohende Zwangsvoll-streckung dazu gezwungen ist. Welzel¹⁾ macht hiergegen zum Beweis der Richtigkeit seiner Auffassung, dass die Erfüllung einer fälligen Schuld keinen Vermögensschaden begründe, geltend: Wenn die Bezahlung einer Schuld die Zufügung eines Schadens wäre, dann müsste der Vormund, der die Schulden des Mündels aus Mündelvermögen bezahlt, seinem Mündel objektiv und subjektiv einen Vermögensschaden zufügen. Damit hat Welzel zweifellos recht, denn zuzugeben ist, dass die Begriffe "Vermögensschaden" im Betrugstatbestand und "Nachteil" im Untreuetatbestand gleich sind und demgemäss sich im Untreuetatbestand als Nachteil darstellt, was sich im Sinne des Betrugstatbestands als Vermögensbeschädigung darstellen würde²⁾. Nicht zuzustimmen ist aber Welzel insofern, als er anscheinend den Schluss zieht, bei Annahme einer Nachteilszufügung sei der Vormund, der eine fällige Schuld des Mündels aus Mündelvermögen bezahlt, wegen Untreue strafbar. Trotz der Annahme einer Vermögensbeschädigung gelangt man keineswegs in dem von Welzel vorgebrachten Fall zu einer Bestrafung des Vormunds.

Denn der objektive Tatbestand des § 266 StGB ist nicht allein durch die Nachteilszufügung erfüllt. Die Vermögensbeschädigung muss vielmehr auf einer sachwidrigen Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Betreuten beruhen. In dem von Welzel angeführten Fall handelt es sich aber um eine Vermögenseinbusse, mit der das Mündel nach den Regeln des normalen Geschäftsverkehrs ohnehin rechnen

1) NJW 53,652

2) h.L..Vgl. Schönke-Schröder 266,V.

musste; die Zahlung einer fälligen Schuld des Mündels aus Mündelvermögen bedeutet daher niemals eine Pflichtwidrigkeit des Vormunds, obwohl dadurch im Augenblick eine Verringerung der wirtschaftlichen Potenz des Mündelvermögens eintritt. Deshalb ist das von Welzel angeführte Beispiel nicht geeignet, die Richtigkeit seiner Ansicht darzutun.

Dieses Ergebnis, dass die Befreiung von einer Schuld bei rein wirtschaftlich-tatsächlicher Betrachtungsweise kein Äquivalent gegenüber der Aufgabe eines Vermögenswertes zur Erfüllung der Schuld darstellt, mag eigenartig und den Vorgängen des täglichen Lebens nicht gerecht erscheinen, da kein Laie auf den Gedanken kommen wird, in der Bezahlung einer fälligen Schuld eine Vermögensbeschädigung zu sehen.

Engelhard¹⁾ weist aber mit Recht darauf hin, dass es das Wesen jedweder wissenschaftlicher Analyse ist, dass sie Vorgänge des täglichen Lebens in ihre Elemente auflöst und so Bilder aufweist, die dem praktischen Menschen nie zum Bewusstsein kommen.

1) ZStW 33, 134.

Bedeutet demnach die Realisierung einer rechtlich begründeten Forderung durch Täuschung des Schuldners schon eine Vermögensbeschädigung, so bedeutet die durch Täuschung und Irrtumserregung erlangte Befriedigung eines nichtigen Anspruchs erst recht eine Vermögensbeschädigung. Damit sind wir wieder an dem unserer Untersuchung vorangestellten Fall angelangt, in dem die Dirne ihre sittenwidrige Forderung durch Täuschung des Freiers eintreibt und müssen feststellen, dass der Freier durch die irrtumsbedingte Erfüllung der nichtigen Verbindlichkeit einen Vermögensschaden erlitten hat¹⁾.

Wer einen rechtlich begründeten Anspruch oder einen nichtigen Anspruch durch Täuschung des Schuldners realisiert, erfüllt den objektiven Tatbestand des Betrugs.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass in solchen Fällen eine Bestrafung wegen Betrugs begründet ist, denn eine Bestrafung wegen Betrugs setzt neben der Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale das Vorliegen des subjektiven Tatbestands voraus.

1) Wer allerdings geneigt ist, die arglistig erlangte Befriedigung einer Naturalobligation schon mangels einer Vermögensbeschädigung nicht als Betrug anzusehen, wie z.B. Welzel (NJW 53,562) und Bockelmann (Mezger-Festschr., S.367 ff.) muss auch bei der durch Täuschung des Schuldners erzielten Erfüllung einer schlechthin nichtigen Forderung den Eintritt einer Vermögensbeschädigung verneinen. Denn vermögensstrafrechtlich ist eine schlechthin nichtige Forderung nicht anders zu behandeln als eine unvollkommene. Die bürgerlich-rechtlichen Unterschiede sind für das Vermögensstrafrecht unmassgeblich. Wenn die Befreiung von einer Naturalobligation einen Ausgleich für das zu ihrer Erfüllung Geleistete darstellen soll, so kann die Möglichkeit, dass auch die Befreiung von einer nichtigen Schuld einen Ausgleich darstellen kann, nicht grundsätzlich verneint werden.

b) Der subjektive Tatbestand.

Der subjektive Tatbestand des Betrugs verlangt ausser Vorsatz die Absicht auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils. Der Vermögensvorteil ist das Gegenstück des Vermögensnachteils. Wie der Vermögensnachteil auf Seiten des Geschädigten, ist auch der Vorteil auf Seiten des Täuschenden rein wirtschaftlich zu verstehen¹⁾. Damit bedeutet auch die Realisierung einer nichtigen Forderung in jedem Fall, einen Vermögensvorteil, da die Erfüllung einer solchen Forderung wirtschaftlich gesehen unzweifelhaft eine günstigere Gestaltung der Vermögensverhältnisse des Gläubigers bedeutet.

Da der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil rechtswidrig sein muss, spitzt sich die Problematik unseres Falles auf das Merkmal der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils²⁾ zu, wie es die bereits früher erwähnten Entscheidungen des OLG Hamm und des BGH erkannt hatten³⁾.

Die Bestimmung des Begriffes der Rechtswidrigkeit des vom Täter erstrebten Vermögensvorteils ist - wie wir schon früher gesehen haben - umstritten. Übereinstimmung herrscht in Rechtsprechung und Literatur nur insoweit, als ein Vermögensvorteil, auf den der Täter einen rechtlich begründeten, unbedingten und fälligen Anspruch hat, nicht rechtswidrig ist. Wer den Schuldner täuscht, um dadurch die Bezahlung eines rechtlich begründeten, unbedingten und fälligen Anspruchs zu erlangen, erstrebt keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil und ist daher nicht wegen Betrugs zu bestrafen⁴⁾.

1) Maurach, S.293.

2) Welzel bestreitet, dass die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils Tatbestandsmerkmal des § 263 ist, sie sei nur allgemeines Verbrechensmerkmal (NJW 53,652 und Lb.S.317). a.A. die h.L. und BGH NJW 53,1479. Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils bezieht sich nicht auf die Gesamthandlung des Täters, sondern charakterisiert ein einzelnes Merkmal des Tatbestands. Deshalb ist die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils als Tatbestandsmerkmal anzusehen (Maurach, AT, S.231).

4) Schönke-Schröder 263 VIII 2c; Maurach, S.293/294; Jagusch LK 263 A7; BGH 4,105 u.v.a.

3) HEST 2,32; BGH 4,107 (für § 253).

Dass der Gläubiger sich zur Realisierung seines Anspruchs des Mittels der Täuschung bedient, macht den Vorteil also nicht zum rechtswidrigen. Mit dieser negativen Feststellung ist aber noch nicht die Frage beantwortet, wann ein Vermögensvorteil rechtswidrig ist, sondern es ist nur gesagt, dass er unter der Voraussetzung der Existenz eines Rechtsanspruchs nicht für rechtswidrig befunden wird, was nicht ausschliesst, dass die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils auch aus anderen Gründen ausgeschlossen sein kann. Die Rechtsprechung des RG und im Anschluss daran die des BGH sowie die in der Literatur h.M. begnügt sich allerdings mit der Umkehr der obigen These, dass ein Vorteil dann nicht rechtswidrig ist, wenn der Täter einen gültigen, unbedingten und fälligen Anspruch darauf hat und befindet demgemäss jeden Vermögensvorteil für rechtswidrig, auf den der Täter einen solchen Anspruch nicht hat¹⁾. Es wurde früher schon darauf hingewiesen, dass demgegenüber Binding das wichtigste Symptom für die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils darin sieht, dass das Gesetz einen Anspruch auf seine Aufhebung gewähre²⁾. Ähnlich wird von anderen Schriftstellern der älteren Literatur nur ein solcher Vermögensvorteil als rechtswidrig angesehen, der einem fremden Vermögen entgegen den Grundsätzen des Privatrechts entzogen wird und wieder zurückerstattet werden muss³⁾. Auch in der neueren Literatur sind manche Schriftsteller, die die Auffassung des RG als zu rigoros empfinden, bestrebt, nach anderen Maßstäben zu suchen. So wird z.B. die Auffassung vertreten, die Bereicherung sei rechtswidrig, wenn sie nach dem Sittengesetz⁴⁾ oder

1) RG 11,155; 57,370; 64,344; 72,136; BGH 4,107; 3,160; Maurach, S.293; Schönke-Schröder 263 VIII 2c; Schröder DRiZ 56,70; Schwafz 263 A 7B; Dreher-Maaßen 263 A8; Dalcke-Schäfer 263 A.

2) Binding Lb. 364.

3) Gerland, S.640; Frank 263 VII 3.

4) Kohlrausch-Lange, 253 VIII 1b.

nach der Volksanschauung¹⁾ als Unrecht erscheine, also nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden als Unrecht anzusehen ist²⁾, unabhängig davon, ob und wie das im bürgerlichen Recht zum Ausdruck kommt. Legt man dem unserer Untersuchung vorangestellten Fall die Ansicht des RG und der heute h.L. zugrunde, so ist der von der Dirne erstrebte Vermögensvorteil rechtswidrig, da ihr kein rechtlich begründeter Anspruch auf den vereinbarten Lohn zusteht. Geht man dagegen von den Auffassungen aus, die, wie z.B. Binding, auf die Rückforderbarkeit des Geleisteten abstellen, so wäre die Rechtswidrigkeit der von der Dirne erstrebten Bereicherung zu verneinen, da dem Getäuschten wegen § 817 S.2 BGB die Kondiktion des auf Grund der Täuschung Geleisteten versagt ist. Dass den Auffassungen, die auf die Rückforderbarkeit des Geleisteten abstellen, nicht gefolgt werden kann, wurde früher bereits dargelegt. Abgesehen davon, dass das Vorhandensein sowie das Fehlen eines Rückforderungsanspruchs für das Strafrecht bedeutungslos ist, führen sie zu einem unterschiedlichen Ergebnis bei solchen Forderungen, die wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtig sind, da bei letzteren dem Getäuschten die Kondiktion offen steht, die Bereicherung also rechtswidrig ist, während bei ersteren eine rechtswidrige Bereicherung ausgeschlossen ist. Ein m.E. unmögliches Ergebnis!

1) Schönke-Schröder, 263 VIII. 2b (7. Aufl.).

2) Ähnlich ist nach Nagler LK 249 Vorb. VI und Eszt-Schmidt, S. 673 ein Vermögensvorteil rechtswidrig, wenn er rechtlich missbilligt ist.

Während in den vorhergehenden Fallgruppen bei Beurteilung der Rechtswidrigkeit des vom Täter erstrebten Vermögensvorteils das Ergebnis sich nicht verändert, gleichgültig, ob man die vom RG und der heute h.M. vertretene Ansicht oder jene Auffassung, die die erstrebte Bereicherung als rechtswidrig ansieht, wenn sie nach dem Sittengesetz oder der Volksanschauung als Unrecht erscheint, der Untersuchung zugrunde legt, ist das Ergebnis in vorliegendem Fall unterschiedlich, da es unter Zugrundelegung der letzteren Auffassung sehr wohl möglich ist, die Rechtswidrigkeit der von der Dirne erstrebten Bereicherung zu verneinen. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass die durch Täuschung des Freiers von der Dirne erstrebte Bereicherung nicht als verwerflich anzusehen ist, da ihr der Freier den Betrag, den sie durch die Täuschung zu erlangen versucht, aus früher gewährtem Geschlechtsverkehr noch "schuldet"¹⁾. Im Gegensatz zu den in den vorhergehenden Gruppen untersuchten Fällen bedarf es deshalb hier einer Auseinandersetzung mit den genannten Auffassungen.

Die Auffassung des RG und der heute h.M., nach der jeder Vermögensvorteil rechtswidrig ist, auf den der Täter keinen unbedingten und fälligen Rechtsanspruch hat, vermag den spezifisch strafrechtlichen Sachverhalt in einer Vielzahl der Fälle nicht gerecht zu werden, da sie den Begriff der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils vom bürgerlichen Recht her bestimmt. Sie fasst den Begriff der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils zu weit und führt dadurch zu einer ungerechtfertigten Ausdehnung der Strafbarkeit²⁾. Die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils muss ein spezifisch strafrechtlicher Begriff sein³⁾ ebenso

1) Vgl. dazu Fischer, S.36 ff., der von jeder rechtlichen Wertung absehen will und die Vermögensverschiebung als rechtlich irrelevant ansieht.

2) Nach Nagler LK 249 Vorb.VI kam es nach der reichsgerichtlichen Auffassung zu einer Reihe ganz offensichtlicher Fehlsprüche. Nagler führt als Beispiele dafür an: RG 21,114; 10,216; 34,15; DJZ 14,278.

3) OLG Celle in JR 50,120 für § 253 und Bruns, Befr., S. 259 ff.

wie die Begriffe des Vermögens, des Vermögensschadens und des Vermögensvorteils¹⁾. Bei der Auslegung dieser letzteren Begriffe ist das Strafrecht von der Erkenntnis aus, dass die bürgerlich rechtliche Betrachtungsweise dem besonderen Sinn und Zweck des Strafrechts nicht gerecht zu werden vermag, eigene Wege gegangen

und hat sich von der bürgerlich-rechtlichen Betrachtungsweise weitgehend freigemacht. Der in der älteren Literatur herrschende, namentlich von Binding vertretene Grundsatz der begrifflichen und materiellen Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht wird heute nach überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Literatur bezüglich der Begriffe des Vermögens, des Vermögensschadens und des Vermögensvorteils abgelehnt und durch den Grundsatz der Selbständigkeit des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht ersetzt. Die Begriffe des Vermögens und Vermögensschadens sowie des Vermögensvorteils werden dabei unter rein wirtschaftlich-tatsächlichen Gesichtspunkten²⁾ oder doch in erster Linie von der wirtschaftlich-tatsächlichen Betrachtungsweise³⁾ bestimmt. Von dem heute das Strafrecht beherrschenden Grundsatz der Selbständigkeit gegenüber dem Zivilrecht erscheint es merkwürdig, dass es bisher bei vereinzelt Versuchen geblieben ist, den Begriff der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils unabhängig vom sachlichen Recht zu bestimmen⁴⁾. Dies umso mehr, als auch die Anhänger der reichsgerichtlichen These, die jeden Vermögensvorteil als rechtswidrig ansehen, auf den der Täter keinen Rechtsanspruch hat, eingestehen müssen, dass ihre

1) Aus der Erkenntnis der Unzulänglichkeit der reichsgerichtlichen Auffassung hat die amtliche Strafrechtskommission 1935 das "rechtswidrig" durch "unberechtigt" ersetzen wollen, um dadurch die Unabhängigkeit vom Zivilrecht zum Ausdruck zu bringen. (vgl. Fußnote bei Bruns, Befr., S. 261).

2) So die wirtschaftlich-objektive Theorie.

3) So die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre.

4) Vgl. die oben zitierten Autoren und OLG Celle in JR 50, 120 für § 253 sowie OLG Hamm in HRRSt 2, 32, das die Rechtswidrigkeit i.S. des § 263 bejaht, aber gleichzeitig das "zu Unrecht" i.S. des § 253 verneint. Die Entscheidung folgt bezüglich § 253 der Ansicht, zu Unrecht sei nur ein Vorteil erstrebt, der von der Volksanschauung missbilligt sei.

Begriffsbestimmung nicht jedem Fall gerecht zu werden vermag. M a u r a c h ¹⁾ sucht das Regulativ im Vorsatz des Täters und meint, die reichsgerichtliche These bedeute nur eine scheinbare Belastung des Täters, denn regelmässig fehle es in Grenzfällen am Vorsatz des Täters, da die Rechtswidrigkeit des Vorteils Tatbestandsmerkmal sei und vom Vorsatz umfasst sein müsse. Es mag zwar zutreffen, dass in einigen Fällen, in denen die reichsgerichtliche Definition eine ungerechte Belastung des Täters darstellen würde, der mangelnde Vorsatz des Täters als Regulativ eingreift²⁾, zu befriedigen vermag, diese Begründung für die Aufrechterhaltung der reichsgerichtlichen Definition des Begriffs der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils trotzdem aber nicht. Warum sollte sich das Strafrecht bei der Bestimmung des Begriffes der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils nicht ebenso vom Privatrecht freimachen wie dies bezüglich der Begriffe des Vermögens und Vermögensschadens bereits erfolgt ist und heute anerkannten Rechts ist? Es ist kein Grund dafür ersichtlich, bezüglich der objektiven Rechtswidrigkeit im Betrugstatbestand an dem überholten Grundsatz der Akzessorietät des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht festzuhalten und den Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit allein vom sachlichen Recht her zu bestimmen, während man sich bei der Auslegung der übrigen Tatbestandsmerkmale des Betrugs längst von diesem überkommenen Grundsatz freigemacht hat. Der Begriff der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ist daher unabhängig vom bürgerlichen Recht zu bestimmen. Um zu lebensgemässen, befriedigenden Ergebnissen zu gelangen, haben allein spezifisch strafrechtliche Gesichtspunkte

1) S. 293.

2) Siehe BGH 4, 107. In dieser Entscheidung wurde eine Dirne, die ihre Forderung mit Gewalt durchsetzte, nur deshalb nicht wegen Erpressung bestraft, weil ihr Vorsatz nicht das "zu Unrecht" der erstrebten Bereicherung erfasste.

massgebend zu sein.

Der Auffassung des RG, die heute h.L. ist, kann deshalb nicht gefolgt werden. Dagegen vermag die Auffassung, die darauf abstellt, ob der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil nach der Volksanschauung oder dem Sittengesetz als verwerflich anzusehen ist, eher den Anforderungen des täglichen Lebens gerecht zu werden, da sie zu stets befriedigenden Ergebnissen führt und eine Ausdehnung der Strafbarkeit auf strafunwürdige Fälle vermeidet. Freilich vermag diese Auffassung die Grenzen der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils nicht so scharf zu ziehen wie die ausschliesslich vom bürgerlichen Recht her bestimmte Begriffsbildung des RG und der h.L. Aber das bedeutet nicht, dass sie deshalb Bedenken aus § 2 StGB ausgesetzt wäre. Denn der Begriff der Verwerflichkeit nach Sitte und Volksanschauung ist ein hinreichend sicher umgrenzter Rechtsbegriff, den das Gesetz selbst verschiedentlich ausdrücklich zum Maßstab der Rechtswidrigkeit macht¹⁾.

Da sich somit die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils danach bemisst, ob dieser nach dem Sittengesetz oder der Volksanschauung, d.h. nach dem Anstandsgefühl eines billig und gerecht denkenden Durchschnittsmenschen als verwerflich anzusehen ist²⁾, stellt nicht nur die Erlangung der Befriedigung eines fälligen Rechtsanspruchs keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil dar, sondern auch die Realisierung einer Naturalobligation³⁾ oder eines wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Anspruchs bedeutet unter Umständen keine rechtswidrige Bereicherung, sodass eine Bestrafung wegen Betrugs ausgeschlossen ist⁴⁾⁵⁾.

1) Vgl. die sog. offenen Tatbestände, §§ 240 II und 253 II StGB.

2) So auch Fischer, S. 36 ff. für § 253 StGB.

3) So ausdrücklich Nagler LK 249 Vorb. VI.

4) Es sei schliesslich noch darauf hingewiesen, dass das RG seine These, rechtswidrig sei jeder Vermögensvorteil, auf den der Täter keinen Rechtsanspruch habe, nicht immer konsequent verfolgt hat. So hat es z.B. bezüglich der unvollkommenen Verbindlichkeiten eine Ausnahme gemacht, indem es bereits in Recht 1907 Nr. 835 für den Tatbestand der Erpressung entschied, dass das Tatbestandserfordernis der Rechtswidrigkeit des vom Täter erstrebten Vermögensvorteils entfällt, wenn der Täter die Erfüllung einer Spielschuld erzwingen wollte.

5) a.A. Schönke-Schröder 263 VIII 1c .

Den von uns früher besonders hervorgehobenen Entscheidungen BGH 4,107 und OLG Hamm HEST 2,32 vermögen wir deshalb - letzterer soweit sie den Tatbestand des Betrugs betrifft - nicht zu folgen. Berücksichtigt man, dass das OLG Hamm in der gleichen Entscheidung für den Tatbestand der Erpressung ausgeführt hat, die Bereicherung sei nicht zu Unrecht erstrebt, da sie nach der Volksanschauung nicht als verwerflich anzusehen ist, so spricht letztere Entscheidung eigentlich mehr für als gegen unsere hier vertretene Ansicht, da sie wenigstens was den Tatbestand des § 253 StGB anbetrifft eine Absage an die überkommene, am bürgerlichen Recht orientierte Auffassung der h.L. enthält. Wir haben früher schon darauf hingewiesen - und das muss an dieser Stelle wiederholt werden - dass das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils beim Betrugstatbestand nicht anders auszulegen ist als das "zu Unrecht" der erstrebten Bereicherung beim Tatbestand der Erpressung¹⁾. Deshalb hätte das OLG Hamm in der genannten Entscheidung - wollte es sich nicht dem Vorwurf der Inkohärenz aussetzen - auch für den Tatbestand des Betrugs die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils i.S. unserer oben niedergelegten Auffassung nach dem Anstandsgefühl eines billig und gerecht denkenden Durchschnittsmenschen beurteilen müssen.

Fassen wir das Ergebnis unserer Untersuchung zusammen:

Die Realisierung einer wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Forderung durch Täuschung des Schuldners erfüllt den objektiven Tatbestand des Betrugs. Den subjektiven Tatbestand erfüllt sie jedoch nur, wenn die durch Täuschung des Schuldners erlangte Befriedigung nach dem Urteil eines unbefangenen Beobachters als verwerflich anzusehen ist. Nur dann ist der vom Täuschenden erstrebte Vermögensvorteil rechtswidrig.

1) Vgl. hierzu die Lehrbücher und Kommentare.

III. Teil

Ist die Strafbarkeit des Täters trotz Tatbestandsmässigkeit der Handlung ausgeschlossen?

Im Vorhergehenden haben wir dargelegt, dass die Betrugsfälle der Gruppen 1-5 den Tatbestand des § 263 StGB erfüllen, obwohl es sich immer um Fälle handelt, die im Zusammenhang mit gesetz- oder sittenwidrigen Geschäften stehen. Mit der Feststellung der Tatbestandsmässigkeit ist die Problematik unserer Beispielsfälle aber noch nicht erschöpft. Während die Rechtsprechung in unseren Beispielsfällen, soweit sie die Tatbestandsmässigkeit der Handlung bejahte, stets auch die Strafbarkeit des Täters als gegeben ansah, werden in der Literatur z.T. auch von den Schriftstellern, die die Tatbestandsmässigkeit der Handlung bejahen, immer wieder Bedenken gegen die Strafbarkeit des Täters erhoben¹⁾. Mit der Bejahung der Tatbestandsmässigkeit sei noch kein abschliessendes Urteil über die Strafbarkeit des Täters gefällt²⁾. Es müsse vielmehr die vornehmste Aufgabe des Richters sein, auch dem Rechtsempfinden bei der Urteilsfindung Rechnung zu tragen, da das Rechtsempfinden verletzte Entscheidungen nicht gefällt werden dürften³⁾. In unseren Beispielsfällen verletze aber eine Bestrafung des Täters das Rechtsempfinden, da es sich auch bei dem Geschädigten um einen Rechtsbrecher handle, und die Schädigung gerade bei Gelegenheit von dunklen, verbotenen oder unsittlichen Geschäften erfolge⁴⁾. So ist man in der Literatur eifrig bestrebt, Gründe und Möglichkeiten zu suchen, um die Strafbarkeit des Täters trotz Bejahung der Tatbestandsmässigkeit der Handlung zu verneinen. Es sind hier ausschliesslich kriminalpolitische Erwägungen, die die Richtung der Diskussion bestimmen.

1) Vgl. Fischer, S. 16 ff.; Schlosky aaO.; Gerloff, S. 38ff.

2) Fischer, S. 15.

3) Gerloff, S. 38.

4) Gerloff, S. 38.

a) Der Unrechtscharakter der für tatbestandsmässig befundenen
Beispielsfälle.

Zunächst zweifelt man an dem Unrechtscharakter der für tatbestandsmässig befundenen Fälle. Insbesondere Schlosky¹⁾ und im Anschluss an ihn Fischer²⁾ machen geltend, es bleibe im Einzelfall immer zu prüfen, ob die Handlung materielles Unrecht darstelle²⁾. Richtig ist an dieser Auffassung zunächst, dass eine Handlung, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, nicht ohne weiteres schon die Strafbarkeit des Täters zur Folge hat. Denn neben der Tatbestandsmässigkeit ist stets Voraussetzung für die Strafbarkeit des Täters die Rechtswidrigkeit (das Unrecht) der Tat. Fehlt es an dem allgemeinen Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit der Handlung, so kann der Täter trotz Erfüllung eines Straftatbestands nicht bestraft werden. Jedoch ist mit der einhelligen Meinung davon auszugehen, dass die Tatbestandsmässigkeit die Rechtswidrigkeit der Handlung indiziert³⁾. Das bedeutet, dass eine Handlung, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, auch in aller Regel rechtswidrig ist, es sei denn, dass im Einzelfall ein besonderer Rechtfertigungsgrund (Erlaubnissatz) eingreift. Ein solcher besonderer Rechtfertigungsgrund ist in unseren für tatbestandsmässig befundenen Beispielsfällen aber nirgends gegeben.

Nun gilt aber der obige Satz, dass die Tatbestandsmässigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert, falls nicht ein besonderer rechtlicher Erlaubnissatz eingreift, nicht uneingeschränkt. Denn es gibt eine Reihe von Handlungen, die den Tatbestand eines Strafgesetzes dem Wortlaut nach erfüllen, die aber nicht als strafrechtliches Unrecht anzusehen sind, ohne dass bei ihnen die Frage nach einem besonderen rechtlichen Erlaubnissatz auftaucht⁴⁾. Es sind dies die Fälle der

1) Schlosky, a.a.O.

2) Fischer, S.15

3) Welzel, S.73; Mezger AT., S.109; Maurach AT., S. 229;
Schönke-Schröder, Vorb.I.

4) Darauf weist Fischer, S.16, hin.

sog. sozialen Adäquanz, Handlungen, die "sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen"¹⁾, die sozialgemäss und daher nicht rechtswidrig sind. "Die soziale Adäquanz ist hier der in der sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens wurzelnde (gewohnheitsrechtliche) Rechtfertigungsgrund tatbestandsmässigen Verhaltens"²⁾. Nach Fischer³⁾ und Gerloff⁴⁾ sind hierher zu rechnen: das Waffenhandwerk des Soldaten im Kriege, körperliche Eingriffe und der Todeseintritt bei kunstgerecht durchgeführten Heilmassnahmen⁵⁾, Verletzungen und Tötungen im Rahmen des ordnungsgemässen Betriebs gefährlicher Unternehmungen, Sportverletzungen, die trotz Beachtung der sportlichen Regeln und Vorsichtsmassnahmen eintreten u.a.m.

Im Gegensatz zu diesen Fällen der sog. sozialen Adäquanz handelt es sich aber in den von uns für tatbestandsmässig befundenen Beispielsfällen um solche Handlungen, die vollkommen im Widerspruch zur sozialen Ordnung stehen. Dass unsere Beispielsfälle nichts mit den Fällen der sog. sozialen Adäquanz gemein haben, hat insbesondere Gerloff mit überzeugenden Argumenten dargelegt. Während in den Fällen der sog. sozialen Adäquanz der Täter seiner Persönlichkeit und seinem ganzen Wesen nach kein Rechtsverletzer sei, es sich bei ihnen vielmehr um ein "sozial-positives Tun" handle, das von vornherein nicht gegen die Sozialordnung gerichtet sei, sondern in deren natürlichem Rahmen liege, handele es sich in unseren Beispielsfällen um ein "sozial-negatives Tun". Der Täter stelle hier seinem Wesen nach stets einen Betrüger im Sinne des Gesetzes dar, dessen Handlungsweise ihrer Natur nach gegen die staatliche Rechts- und Sozialordnung gerichtet sei⁶⁾. Der grundlegende Unterschied

1) 2) Welzel, S. 76; dagegen Maurach AT, S. 229.

3) Fussnote 40, S. 16.

4) S. 39

5) Nach anderer Ansicht nur durch Einwilligung gerechtfertigt.

6) Gerloff, S. 40 ff.

zwischen den Fällen der sog. sozialen Adäquanz und den Fällen des Betrugs im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte ist damit offensichtlich und eine Erörterung der Frage, ob in unseren Beispielsfällen die gleichen Erwägungen Platz greifen, die in den Fällen der sog. sozialen Adäquanz zur Verneinung des Unrechtscharakters der Handlung führen, erübrigt sich.

Aber wenn auch in den von uns für tatbestandsmässig befundenen Beispielsfällen ein besonderer Rechtfertigungsgrund nicht eingreift und eine Parallele zu den Fällen der sog. sozialen Adäquanz nicht möglich ist, so müssen wir uns doch weiter fragen, ob es vielleicht aus anderen, unseren Beispielsfällen arteigenen Gründen möglich ist, den Unrechtscharakter der Handlung trotz formeller Tatbestandsmässigkeit zu verneinen. Es liegt die Frage nahe, ob etwa in unseren für tatbestandsmässig befundenen Beispielsfällen dem Angriffsobjekt wegen der durch die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit des Geschäfts verursachten Schutzunwürdigkeit¹⁾ der Charakter eines Rechtsgutes abzusprechen ist²⁾, womit der Unrechtscharakter und damit die Strafbarkeit der Handlung entfallen würde. Denn nach h.M. ist der Unrechtsgehalt einer Handlung in der Verletzung von Rechtsgütern zu sehen³⁾. Wir haben früher darauf hingewiesen, dass es in der Tat denn auch nicht an Autoren fehlt, die in den für tatbestandsmässig befundenen Fällen das Unrecht der Handlung verneinen, da das Angriffsobjekt kein schutzwürdiges Rechtsgut sei⁴⁾. Es ist vor allem Fischer, der die Strafbarkeit einer Handlung nur in ihrem Angriff gegen schutzwürdige Güter des Gemeinschaftslebens sieht und die Strafbarkeit des Täters beim Betrug im Rahmen illegaler Geschäfte trotz Tatbestandsmässigkeit der Handlung leugnet, da der

-
- 1) Dass das angegriffene Rechtsgut in unseren Fällen schutzunwürdig ist, wird kaum bestritten. Vgl. Klee DStR 41,47; Wimmer DRZ 48,117; Franzheim GA 60,276.
 - 2) Franzheim, GA 60,276: "Aus dem Wesen des Rechtsguts ergibt sich, dass die Schutzwürdigkeit entscheidend dafür ist, ob ein Interesse oder Lebensgut als Rechtsgut angesehen wird".
 - 3) Gerloff, S. 41; Mezger, S. 84; Liszt-Schmidt, S. 145; Kohlrausch-Lange, Systemat. Vorb. III; Schönke-Schröder, Vorb. I, 2.
 - 4) z.B. Schlosky, aaO.; Fischer, S. 16 ff; Franzheim, aaO.

Täter kein schutzwürdiges Rechtsgut verletze¹⁾. Aber Fischer sieht nicht allein im Vermögen das durch den Betrugstatbestand geschützte Rechtsgut, sondern schiebt die Täuschung fremden Vertrauens in den Mittelpunkt der Betrachtung²⁾. Da in unseren Fällen das Vertrauen auf die Erfüllung eines gesetz- oder sittenwidrigen Vertrags nicht schutzwürdig sei, könne der Täter nicht bestraft werden; denn die Täuschung fremden Vertrauens erlange strafrechtliche Bedeutung nur, wenn dieses Vertrauen schutzwürdig sei, wenn es von den Grundlagen eines redlichen Geschäftsverkehrs ausgehe³⁾.

Wir haben in der Einleitung unserer Untersuchung aber schon dargelegt, dass beim Betrug allein das Vermögen geschütztes Rechtsgut ist und die Täuschung fremden Vertrauens nur das Angriffsmittel, nicht aber das Angriffsobjekt darstellt. Kommt aber das Vertrauen nicht als geschütztes Rechtsgut in Betracht, so ergibt sich daraus schon, dass der Auffassung Fischers nicht zugestimmt werden kann, und die Frage nach der Schutzwürdigkeit des Vertrauens im Geschäftsverkehr unter Verbrechern überhaupt überflüssig ist. Wenn überhaupt die Schutzunwürdigkeit eines Rechtsguts den Unrechtsausschluss der an sich tatbestandsmässigen Handlung zu bewirken vermag, so kann es in unseren Fällen immer nur die auf der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit der Geschäfte beruhende Schutzunwürdigkeit⁴⁾ des angegriffenen Vermögens als dem allein durch den Betrugstatbestand geschützten Rechtsguts sein. Eine Verneinung des Unrechtscharakters der tatbestandsmässigen Handlung wegen Schutzunwürdigkeit des angegriffenen Rechtsguts würde aber voraussetzen, dass es Vermögen gibt, das nicht dem Schutz der staatlichen Rechtsordnung unterliegt, das - obwohl an sich normgeschützt - durch Staatswillen aus dem Rechtsschutz gestossen wurde, weil es der Geschädigte im Unrechtsverkehr aufs Spiel setzte oder weil es aus einem Unrechtsgeschäft stammte⁵⁾.

1) a.a.O., S. 16 ff.

2) a.a.O., S. 19 ff.

3) a.a.O., S. 22.

4) Dass das im Unrechtsverkehr eingesetzte Vermögen schutzunwürdig ist, ist anerkannt. Vg. Klee, DStR 41, 47; Wimmer DRZ 48, 117.

5) Vgl. Gerloff, S. 42.

Dagegen weist Bruns mit Recht darauf hin, dass es eine solche Friedloslegung durch Staatswillen nicht gibt¹⁾. Ein an sich normgeschütztes Rechtsgut wie das Vermögen kann niemals aus dem Rechtsschutz des Staates ausgestossen werden, weil es im Rahmen illegaler Geschäfte eingesetzt oder im Unrechtsverkehr erworben wurde, wie z.B. aus gesetz- oder sittenwidrigen Geschäften stammende Forderungen. Die Schutzunwürdigkeit der Vermögensstücke, die im Zusammenhang mit gesetz- oder sittenwidrigen Geschäften stehen, lässt ihre Schutzbedürftigkeit unberührt.²⁾

Denn das Schutzbedürfnis ergibt sich aus dem Interesse der Allgemeinheit an der Bestrafung einer Tat, die sittlich böse und damit strafwürdig ist³⁾. Es ist also das öffentliche Interesse, aus dem sich das Schutzbedürfnis trotz Schutzunwürdigkeit ergibt, sodass es auf die Schutzunwürdigkeit des angegriffenen Rechtsgutes und seines Trägers gar nicht ankommt⁴⁾. Die Auffassung, die bei der Beurteilung unserer Betrugsfälle das verbrecherische Verhalten in seiner Beziehung zum Angriffsobjekt betrachtet und dementsprechend den vom Täter betätigten rechtsfeindlichen Willen nur als strafbar ansieht, wenn er einen Angriff auf schutzwürdige Güter des Gemeinschaftslebens darstellt⁵⁾, schiebt eine allein am Rechtsgut ausgerichtete Schutzfunktion des Strafrechts in den Mittelpunkt der Betrachtung und verkennt somit die primäre Aufgabe des Strafrechts. Der Schutzzweck ist für die Strafe nur sekundärer Natur⁶⁾. Der Staat straft nicht erstlich aus Gründen des Rechtsgüterschutzes, in unseren Fällen zum Schutze privater Vermögensinteressen, sondern die Strafe dient in erster Linie dem Schutz "jener sozialemischen Gesinnungswerte, die das Fundament für jedes

1) Bruns, Mezger-Festschrift, S. 356; ebenso Gerloff, S. 42.

2) Klee, DStR 41, 47; Wimmer DRZ 48, 117.

3) Wimmer DRZ 48, 117.

4) And. A. Franzheim GA 60, 275 f.

5) Fischer, S. 16 ff.; Franzheim, a.a.O.

6) Wimmer DRZ 48, 117.

staatliche Zusammenleben bilden"¹⁾. Eine Versagung des Rechtsschutzes wegen Schutzunwürdigkeit des angegriffenen Rechtsguts und seines Trägers würde das "geordnete Zusammenleben, das Wohl der Gesamtheit der Rechtsgenossen"²⁾ durch die Schaffung eines rechtsschutzfreien Bereichs gefährden und zu nicht zu unterschätzenden sozialen Schäden führen. Deshalb ist die Rechts- und Sozialordnung in einem beiderseits unsittlichen Geschäft ebenso gefährdet wie bei der Täuschung eines Gesetzestreuens³⁾.

Es sei nur darauf hingewiesen, welche Zustände einreissen würden, wollte man das Schutzbedürfnis wegen Schutzunwürdigkeit des im Rahmen illegaler Geschäfte aufs Spiel gesetzten Vermögens verneinen und die Betrugsfälle, die von uns in der ersten Gruppe zusammengefasst sind, straffrei lassen.

Es ist oft genug darauf hingewiesen worden, dass dann der Bereich des illegalen Handels geradezu einen Anreiz dafür bietet, sich rechtswidrige Vermögensvorteile zu verschaffen, indem die Opfer gerade unter den "sittlich Schwachen" gesucht werden, jenen "Personen, bei denen der Täter ohnehin damit rechnet, dass sie aus Scheu vor der Öffentlichkeit keine Anzeige erstatten"⁴⁾. Den dunklen Geschäftemachern, die sich auf Kosten ihrer unsittlich handelnden Mitmenschen skrupellos bereichern, wäre im Falle der Verneinung eines allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses wegen Schutzunwürdigkeit des angegriffenen Vermögens Tür und Tor geöffnet! Der Bereich des Illegalen wäre der gesetzlich sanktionierte Lebensbereich der Schmarotzer und Faulenzer, und nur der Unwissende, der diese Lücke des Gesetzes nicht kennt, würde sein Brot noch durch redliche Arbeit verdienen!

1) Bruns, Mezger-Festschr., S.357. Ähnlich Maurach, S.292: "Kriminalpolitisch wird das Strafbedürfnis weniger durch den Schutz des einzelnen ausgelöst, als durch die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung".

2) Gerloff, S.66.

3) Maurach, S.292.

4) Nach Wimmer ist aus diesem Grunde, weil der illegale Bereich die Betrüger geradezu anzieht, eine erhöhte Gefährdung vorhanden, folglich auch das Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich erhöht. Denn mit der Gefährdung wachse das Schutzbedürfnis der Allgemeinheit (DRZ 48,117).

Soll aber angesichts dieser Gefahr, die eine Verneinung der Strafbarkeit in unseren Fällen in sich birgt, die staatliche Rechtspflege wirklich untätig zusehen und sich jeglichen richtenden Eingreifens enthalten müssen? Diese Frage zu verneinen, würde eine unglaubliche Kurzsichtigkeit gegenüber Tatsachen bedeuten, mit denen wir uns konfrontiert sehen und die deshalb nicht einfach für das Recht ignoriert werden dürfen. Unter diesen Umständen ist nicht einzusehen, weshalb eine Bestrafung des Täters eine das Rechtsgefühl verletzende Entscheidung darstellen soll. Vielmehr erheischt das Rechtsgefühl gerade eine Bestrafung des Täters.

Es gibt keinen Bereich "ausserhalb der Rechtsordnung"¹⁾, so dass auch Gauner und Verbrecher bei ihren dunklen Geschäften untereinander der staatlichen Rechtsordnung unterliegen. So wenig wie der Mörder oder Totschläger vogelfrei an Leib und Leben wird, so wenig der Mittäter an einem Verbrechen von seinem Komplizen als lästiger Mitwisser beseitigt werden darf²⁾, ebensowenig gibt es Vermögen, das - weil es im Zusammenhang mit illegalen Geschäften steht - des staatlichen Rechtsschutzes entbehrt. Es ist deshalb an dem bereits von RG 44,230 aufgestellten Satz festzuhalten, dass es kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen gibt. Die in unseren für tatbestandsmässig befundenen Beispielfällen angegriffenen Vermögensstücke sind schutzbedürftig trotz des ihnen anhaftenden Makels der Unsittlichkeit oder des Verbotenseins. Denn das angegriffene Vermögen ist entgegen Fischer abstrakt zu betrachten, d.h. losgelöst von Persönlichkeit und Charakter des Vermögenträgers, losgelöst von der Art seines Einsatzes oder seines Erwerbs³⁾. Folglich kann die Schutzunwürdigkeit des Angriffsobjektes, des Vermögens als des durch den Betrugstatbestand allein

1) a.A. Schlosky DStR 41,41.

2) Vgl. Bruns, Mezger-Festschr., S. 337.

3) Gerloff, S.43; Klee a.a.O.

geschützten Rechtsguts niemals den Ausschluss des Unrechtscharakters der Angriffshandlung bedeuten¹⁾. Die Schutzunwürdigkeit des Verletzten und des im Zusammenhang mit illegalen Geschäften stehenden Vermögens darf überhaupt nicht zur Schutzbedürftigkeit in Beziehung gebracht, geschweige denn mit ihr gleich gesetzt werden²⁾. Deshalb ist es fehlerhaft, den Unrechtscharakter einer sonst tatbestandsmässigen Handlung noch weiter davon abhängig zu machen, ob das im Einzelfall angegriffene Opfer nach seinem Eigenverhalten schutzwürdig ist³⁾.

Wir können somit zusammenfassen, dass auch der Betrug im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Geschäfte eine Unrechtstat darstellt und seinem Charakter nach stets eine Verletzung der Rechtsordnung darstellt. Es greift in unseren Fällen weder ein besonderer Rechtfertigungsgrund ein, noch ist eine Parallele zu den Fällen der sog. sozialen Adäquanz möglich, noch kann der Unrechtscharakter der Handlung wegen Schutzunwürdigkeit des angegriffenen Rechtsguts verneint werden⁴⁾.

1) a.A. Franzheim GA 60, 276, der zwischen ungeschütztem Vermögen und Rechtsgut-Vermögen unterscheidet.

2) Bruns, Mezger-Festschr., S. 335 ff.

3) OGH 2, 259.

4) Insoweit stimmt auch Gerloff mit uns überein. Diss., S. 44. .

b) Die Möglichkeit eines persönlichen Strafausschliessungsgrundes.

Im Vorhergehenden haben wir gesehen, dass in den für tatbestandsmässig befundenen Beispielfällen das Unrecht der Handlung nicht ausgeschlossen ist. Da auch an der Schuld des Täters keine Zweifel bestehen, kann seine Strafbarkeit materiell-rechtlich nur dadurch ausgeschlossen sein, dass ein persönlicher Strafausschliessungsgrund eingreift. Denn das Vorliegen eines persönlichen Strafausschliessungsgrundes schliesst die Strafbarkeit des Täters aus, ohne dass an der Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld Zweifel zu bestehen brauchen. Soweit ersichtlich, ist es nur Gerloff, der den Versuch der Konstruktion eines persönlichen Strafausschliessungsgrundes unternommen hat. Er geht dabei von der Annahme aus, dass die Schutzunwürdigkeit des angegriffenen Rechtsguts und seines Trägers den Mangel der Schutzbedürftigkeit bedinge¹⁾ und stellt demnach ebenso wie Fischer Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit und damit Schutzwürdigkeit und Strafbedürfnis gleich. Demgegenüber haben wir früher schon ausgeführt, dass die Schutzwürdigkeit überhaupt nicht zur Schutzbedürftigkeit in Beziehung gesetzt, geschweige denn mit ihr gleichgeschaltet werden darf. Die Schutzunwürdigkeit des Verletzten und des im Zusammenhang mit unrechtmässigen oder unsittlichen Geschäften angegriffenen Vermögens lässt das Schutzbedürfnis unberührt, hebt es also nicht auf, ja verringert es nicht einmal. Die Verneinung eines Schutzbedürfnisses und damit eines Strafbedürfnisses ist aber Voraussetzung für die Annahme eines persönlichen Strafausschliessungsgrundes nicht nur in unseren für tatbestandsmässig befundenen Beispielfällen, sondern überhaupt. Denn was den Gesetzgeber zur Anerkennung persönlicher Strafausschliessungsgründe veranlasst hat, wie z.B. in § 247 Abs.2 StGB, ist in erster Linie der Mangel des öffentlichen Interesses an einer Strafverfolgung, also der Mangel eines Schutzbedürfnisses.

1) S.65.

Wie auch Gerloff richtig erkennt, beruhen persönliche Strafausschliessungsgründe demnach auf rechtspolitischen Erwägungen des Staates, die eine Bestrafung des Täters in bestimmten Fällen als unzweckmässig erscheinen lassen. So ist es in den Fällen des Aszendenten- und Ehegattendiebstahls das Interesse des Staates an Ordnung und Frieden in Ehe und Familie, die enge persönliche Beziehung des Täters zum Verletzten und dem Angriffsobjekt, die das öffentliche Interesse an einer Bestrafung der Tat ausschliessen und den Staat damit von einem richtenden Eingreifen fernhalten. Da in unseren Fällen aber entgegen Gerloff von vornherein das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung zu bejahen ist, ist die Annahme eines persönlichen Strafausschliessungsgrundes, der in diesen Fällen nur übergesetzlicher Natur sein könnte, schon aus diesem Grunde ausgeschlossen, abgesehen davon, dass es überhaupt höchst zweifelhaft ist, ob ein persönlicher Strafausschliessungsgrund ausser den im Gesetz besonders vorgesehenen Fällen angenommen werden kann¹⁾.

1) Maurach AT, S. 370 verneint generell die Möglichkeit eines übergesetzlichen persönlichen Strafausschliessungsgrundes.

c) Die Möglichkeit eines prozessualen Hindernisses der Verfolgbarkeit.

Gerloff hat neben der Konstruktion eines persönlichen Strafausschliessungsgrundes auch den Versuch unternommen, aus der nach seiner Ansicht mangelnden Strafbedürftigkeit der Angriffshandlung in unseren Fällen ein prozessuales Hindernis der Verfolgbarkeit zu konstruieren. Er behandelt damit die Problematik unserer Fälle nicht nur unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten, sondern versucht, seine Auffassung, dass beim Betrug, der im unredlichen Geschäftsverkehr begangen worden ist, eine Bestrafung nicht erfolgen könne, auch unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten zu erhärten. Er meint, da es in unseren Fällen am Schutzbedürfnis fehle, fehle es an einer Voraussetzung der Verfolgbarkeit. Die Annahme eines Prozesshindernisses, wie es Gerloff vor Augen hat, wäre aber nur unter einer doppelten Voraussetzung möglich:

- 1) Dass es in unseren Fällen wirklich an einem Schutzbedürfnis und damit an einem Strafbedürfnis fehlt und
- 2) dass es im Strafverfahren eine Prozessvoraussetzung des Schutzbedürfnisses überhaupt gibt.

Schon an dem Fehlen der ersten Voraussetzung scheitert von unserem Standpunkt aus die Konstruktion eines prozessualen Hindernisses der Verfolgbarkeit. Es erübrigt sich, hier nochmals zu betonen, dass es in unseren Beispielfällen - soweit sie den Tatbestand des Betrugs erfüllen - nicht am Schutzbedürfnis und damit nicht am Strafbedürfnis fehlt. Aber unabhängig davon würde es auch an der zweiten Voraussetzung fehlen, da es zwar im Zivilprozess das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses gibt, bei dessen Fehlen Klageabweisung aus prozessualen Gründen erfolgen muss, dem Strafprozess aber eine Verfolgungsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses fremd ist¹⁾.

1) Peters, S.224.

- d) Bedeutet die Bestrafung des Täters, ihn als zur Erfüllung des gesetz- oder sittenwidrigen Geschäfts verpflichtet erklären?

Bevor wir abschliessend feststellen können, dass in allen unseren Beispielsfällen - soweit sie tatbestandsmässig sind - der Täter stets auch strafbar ist, haben wir noch ein Argument zu entkräften, das immer wieder gegen eine Bestrafung des Täters besonders in den von uns in den ersten beiden Gruppen zusammengefassten Betrugsfällen erhoben wurde und dem in der Tat auf den ersten Blick eine gewisse Überzeugungskraft nicht abzusprechen ist, das aber trotzdem nur auf einem dogmatischen Missverständnis beruht. Es ist dies das Argument, die Bestrafung des Täters bedeute in den von uns in der ersten und zweiten Gruppe zusammengefassten Fällen, ihn zur Vornahme der versprochenen Handlung, zur Erfüllung des unsittlichen oder verbotenen Geschäfts für verpflichtet erklären, wodurch dem Anspruch des Getäuschten auf die gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung Schutz zuteil werde. Mit diesem Einwand wendet sich B i n d i n g¹⁾ gegen die Tatbestandsmässigkeit der Handlung, und S c h l o s k y und F i s c h e r stützen ihre Auffassung vom mangelnden Unrechtscharakter der Handlung ebenfalls auf den Einwand, in einer Bestrafung liege notwendigerweise die Forderung an den Täter, dass er seinen Vorspiegelungen entsprechend handle, dass er das von ihm in Aussicht gestellte Verbrechen begehe²⁾. Während dieser Einwand noch bei Binding verständlich ist, und nur die Konsequenz seiner Auffassung bedeutet, dass die Vermögensbeschädigung in den Fällen der ersten und zweiten Gruppe nur in dem Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung zu erblicken sei, stellt er sowohl bei Schlosky als auch bei Fischer einen Widerspruch zu deren grundsätzlicher Einstellung dar, da beide davon ausgehen, dass die schädigende Vermögensverfügung in der Vorleistung des Getäuschten besteht.

1) DJZ 11, 553. Ebenso Hamm in DJZ 1908, 468.

2) Schlosky, a.a.O.; Fischer, S. 21.

Binding zieht demnach aus einer falschen Prämisse einen richtigen Schluss, während Schlosky und Fischer von der richtigen Voraussetzung aus einen falschen Schluss ziehen. Erblickt man in den von uns in der ersten und zweiten Gruppe zusammengefassten Fällen die Vermögensbeschädigung richtigerweise allein in der durch Täuschung und Irrtumserregung veranlassten Vorleistung des Getäuschten, so gilt der Schutz des § 263 allein jenen Vermögenswerten, deren sich der Getäuschte durch seine Vorleistung begibt, niemals aber dem nichtigen Anspruch des Getäuschten auf die versprochene gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung. Es wird demnach nicht bestraft, weil die versprochenen Leistung nicht erbracht worden ist, sondern bestraft wird die im Augenblick der Täuschung vorhandene Betrugsabsicht¹⁾, das Abschwindeln des Geldes oder der Waren. Nur unter völliger Ignorierung der Ausführungen von RG 44,230, jener Entscheidung, auf die sich Bindings Stellungnahme bezieht, konnte er wiederum mit der Behauptung auftreten, die Verurteilung erfolge deshalb, weil die unsittliche Gegenleistung nicht gemacht wurde²⁾. Sieht man also die schädigende Vermögensverfügung allein in der Vorleistung des Getäuschten, so liegt in einer Bestrafung niemals die Forderung an den Täter, dass er seinen Vorspiegelungen entsprechend handle, dass er das in Aussicht gestellte Verbrechen begehe, sondern nur die Forderung, sich von vornherein jeder Vorspiegelung zu enthalten³⁾. So hätte z.B. der Verkäufer untauglicher Abortivmittel ~~oder~~ der Falschgeldhändler von vornherein die Lieferung tauglicher Mittel bzw. gefälschter Banknoten verweigern müssen oder, wenn er die Lieferung solcher Mittel oder Banknoten angeboten hatte, nie ein soches Angebot in der Absicht, das Versprochene schuldig zu bleiben, machen dürfen. Ebenso hätte der Käufer auf dem Schwarzen Markt von vornherein nicht vorspiegeln dürfen, den gegen die Preisvorschriften verstossenden Schwarzmarktpreis zahlen zu wollen.

Wenn geltend gemacht wird, der Anspruch des Getäuschten auf die verwerfliche Gegenleistung werde durch unsere Auffassung aber doch

1) Mezger Lb., S.183.

2) Engelhard ZStW 33,141, Fussn.12

3) Klee DStR 41,47.

mittelbar geschützt, da der Täter durch die Erfüllung des Versprochenen sich der Bestrafung wegen Betrugs entziehen könne, worin ein Anreiz liege, die versprochene Leistung entgegen der ursprünglichen Absicht doch zu erbringen, so ist zu sagen, dass der Täter nie vor der Frage steht: Begehung der unsittlichen oder verbotenen Handlung oder Bestrafung. Denn die Voraussetzung, dass der Täter, der von vornherein die Absicht hatte, das Versprochene nicht zu leisten, der Bestrafung wegen Betrugs entgehen kann, wenn er sich die Sache nachträglich, nachdem er bereits die Vorleistung des Getäuschten erlangt hat, anders überlegt und doch leistet, etwa ein taugliches Abtreibungsmittel oder Falschgeld liefert oder den versprochenen Schwarzmarktpreis entgegen seiner ursprünglichen Absicht nachträglich doch bezahlt, ist nicht gegeben. Wenn Engelhard¹⁾, der im Ergebnis jedoch unsere Auffassung teilt und für die Strafbarkeit des Täters eintritt, meint, es handle sich um einen typischen Fall der "tätigen Reue" (§ 46 Zif. 2 StGB), wenn der Täter nachträglich seinen Entschluss ändere, und das Versprochene leistet, so vermögen wir dem nicht zu folgen. Diese Auffassung ist unseres Erachtens unhaltbar, denn sie setzt voraus, dass der Betrug bis zu dem Augenblick, indem der Täter seinen Entschluss ändert und die versprochene Leistung entgegen seiner früheren Absicht doch erbringt, im Versuchsstadium verbleibt. Nach einhelliger Meinung ist der Betrug aber mit dem Eintritt der Vermögensbeschädigung vollendet, was bedeutet, dass in unseren Fällen Vollendung in dem Augenblick eintritt, in dem der Getäuschte seine Leistung erbringt²⁾ und nicht erst dann, wenn für den Getäuschten endgültig feststeht, dass er mit der Erfüllung nicht mehr zu rechnen braucht³⁾, denn bereits im Augenblick der Leistung des Getäuschten tritt die Vermögensbeschädigung ein. Ebenso ist in dem von Engelhard angeführten Beispiel⁴⁾

1) Engelhard ZStW 33, 133.

2) Binding Lb. BT 1, S. 361, Nr. 6.

3) So Engelhard aaO.

4) A gibt dem B 10 DM, damit dieser in einer Woche eine gewisse Leistung mache. B ist aber von Anfang an entschlossen, nicht zu leisten.

der Betrug bereits im Augenblick der Leistung des Getäuschten vollendet und nicht erst in dem Zeitpunkt, zu dem die Lieferung erfolgen sollte, vorgefasster Absicht gemäss aber nicht erfolgte, denn bereits zu diesem Zeitpunkt bestand für den Getäuschten keine Aussicht auf Erlangung der Gegenleistung, sodass er durch die Vorleistung sein Vermögen schädigte. Da in den von uns in den ersten zwei Gruppen zusammengefassten Fällen der Betrug stets vollendet ist, sobald der Getäuschte seine Vorleistung erbracht hat, ist der Täter stets strafbar, ohne dass es noch darauf ankommt, ob er nachträglich seine Absicht, nicht zu leisten, ändert und das Versprochene doch tut¹⁾²⁾.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, dass in den Fällen, die in den ersten beiden Gruppen zusammengefasst sind, der Täter niemals deshalb bestraft wird, weil er die versprochene Leistung nicht erbringt, sondern immer nur deshalb, weil er den Getäuschten zu einer dessen Vermögen schädigenden Leistung durch das Mittel der Lüge veranlasst. Der Schutz des § 263 StGB gilt mithin allein den Vermögenswerten, deren sich der Getäuschte auf Grund der Täuschung entäussert hat, nicht aber, wie behauptet wird, der Realisierung seiner verwerflichen Bestrebungen.

Damit wäre der Einwand entkräftet, unsere Auffassung gewähre in den ersten zwei Gruppen dem nichtigen Anspruch des Getäuschten auf die gesetz- oder sittenwidrige Gegenleistung Schutz, da eine Bestrafung des Täters die Forderung an ihn enthalte, das Versprochene zu leisten. Aber auch in den Fällen der dritten Gruppe haben wir mit dem Einwand zu rechnen, unsere Auffassung schütze den Anspruch des Getäuschten auf die versprochene Gegenleistung.

-
- 1) Jedoch wird der Täuschende in der Regel nicht wegen Betrugs bestraft werden können, wenn er nachträglich seine Absicht ändert und dem Vertrage gemäss erfüllt, da ihm seine ursprüngliche Absicht, nicht zu leisten, in der Regel nicht nachzuweisen sein wird.
 - 2) Einen strafbefreienden Rücktritt vom vollendeten Delikt gibt es nur in den vom Gesetz benannten Fällen, z.B. §158 (fakultativ), § 163 II (obligatorisch), § 310 StGB.

Ist z.B. der Freier, der die Dirne vorgefasster Absicht gemäss nicht bezahlt, deshalb strafbar, weil er die von ihm versprochene Bezahlung schuldig bleibt und nachträglich nicht doch zahlt? Wenn dem so wäre, hätten die Gegner unserer Auffassung mit der Behauptung recht, der Schutz des § 263 werde dem Anspruch der Dirne auf den Hurenlohn zuteil. Aber auch hier gilt: Es wird nicht bestraft, weil die versprochene Leistung nicht erbracht wird, sondern bestraft wird, die im Augenblick der Täuschung vorhandene Betrugsabsicht. Der Freier wird also deshalb bestraft, weil er der Dirne eine vermögenswerte Dienstleistung abschwindelte, nicht aber deshalb, weil er nach Erlangung der Dienstleistung den Lohn schuldig bleibt. In einer Bestrafung des Freiers liegt mithin niemals die Forderung, dass er seiner Vorspiegelung entsprechend den Lohn zahlt, sondern ebenso wie in den vorhergehenden Fallgruppen nur die Forderung, sich von vornherein jeder Vorspiegelung zu enthalten.

Ebenso wie in den Fällen der ersten beiden Gruppen kann sich der Freier nicht dadurch Straffreiheit verdienen, dass er nachträglich seine ursprüngliche Absicht ändert und doch das vereinbarte Entgelt zahlt, da der Betrug mit der Erbringung der abgeschwindelten Dienstleistung vollendet ist; denn bereits zu diesem Zeitpunkt tritt der Vermögensschaden ein, weil wegen der in diesem Zeitpunkt vorhandenen Absicht des Freiers, das Entgelt schuldig zu bleiben, keine Aussicht auf Erlangung des Lohns besteht. Der Schutz des § 263 gilt also auch hier nicht der Realisierung des nichtigen Anspruchs, sondern allein der wirtschaftlich verwendbaren Arbeitskraft.

Auch in den Fällen, die von uns in der vierten Gruppe zusammengefasst sind, wird der Schutz des § 263 StGB nicht der Realisierung des wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtigen Anspruchs zuteil. Denn der Täter ist in diesen Fällen nur strafbar, weil er das Vermögen seines Partners dadurch schädigt, dass er eine Erfüllung vortäuscht, indem er z.B. mit Falschgeld bezahlt oder sonstwie den Gläubiger durch das Mittel der Lüge zum Abstehen von der Verfolgung seines Anspruchs veranlasst. Verweist er dagegen den Gläubiger auf die Nichtigkeit, ohne eine Täuschung zu verüben, so ist er nicht wegen Betrugs strafbar, da ein Tatbestandsmerkmal des Betrugs fehlt. Damit erledigt sich aber auch der Einwand, gerade

der besonders übel gesinnte und besonders gefährliche Verbrechenskomplize, der den für die Beute erlangten Erlös für sich allein behält und seinen Komplizen auf die Nichtigkeit der Abreden verweist, anstatt den Erlös verabredungsgemäss mit seinem Komplizen zu teilen, gehe straflos aus, während derjenige, der immerhin einen Teil des für die Beute erlangten Erlöses an seinen Komplizen abgibt und vorspiegelt, nicht mehr erhalten zu haben, bestraft werde¹⁾. Denn der Komplize, der den Absatz der Beute besorgt und sich seinem Mittäter gegenüber auf die Nichtigkeit der Abmachung beruft, verübt keine Täuschungshandlung und kann deshalb mangels Tatbestandsmässigkeit nicht bestraft werden, während derjenige, der vorspiegelt, einen geringeren Erlös erzielt zu haben als den Tatsachen entspricht, seinen Komplizen täuscht und den Tatbestand des Betrugs erfüllt.

Wir können damit abschliessend feststellen, dass in allen unseren Beispielsfällen - soweit sie den Tatbestand des Betrugs erfüllen - der Täter stets strafbar ist. Niemand darf straflos sündigen an einem Opfer, das selbst gesündigt hat²⁾.

1) Kohlrausch-Lange, 263 V 1c .

Der Einwand Langes übersieht die wichtige kriminologische Seite dieser Fälle: Nur selten werden es solche Komplizen wagen, sich offen auf die Nichtigkeit der Forderung zu berufen und dem anderen den vereinbarten Anteil vorzuenthalten, weil sie dann der Rache ("Verpfeifen" usw.) ausgesetzt sind. Gerade weil sie an einer Kette des Verbrechens liegen, sind sie mehr als andere geradezu darauf angewiesen, zum Betrug zu greifen.

2) Bruns, Mezger-Festschrift, S. 357; Maurach, S. 292.

L e b e n s l a u f

Am 7.9.1934 in Oberbrombach, Kreis Birkenfeld, geboren;
Sohn des Edelstein- und Diamantschleifermeisters Arthur
Heiderich und seiner Ehefrau Frieda, geb. Krieger.

Ab Herbst 1946 Besuch des Staatl. Naturwiss. Gymnasiums
in Idar-Oberstein. Reifeprüfung am 14.2.1955.

Ab Sommersemester 1956 acht Semester Rechtswissenschaft
an der Universität Mainz.

Am 13.7.1960 erste juristische Staatsprüfung vor dem
Justizprüfungsamt in Mainz.

Anschließend Gerichtsreferendar.

Ab Sommersemester 1961 Studium der Wirtschaftswissenschaften
an den Universitäten Saarbrücken und Mainz.

Am 15.2.1963 mündliche Doktorprüfung.

